H. L. A. HART

TEISĖS SAMPRATA

pradai

ALK

H. L. A. HART

TEISĖS SAMPRATA

Iš anglų kalbos vertė
EGIDIJUS KŪRIS

VILNIUS
pradai
1997

UDK 340.1
Ha 339

Originally published in English
by Oxford University Press
under the title *The Concept of Law*
© Oxford University Press 1961

Versta iš:
Hart H. L. A. *The Concept of Law*/
Second edition. – Oxford: Clarendon Press,
1994

This edition is published with the support
from the Open Society Fund-Lithuania,
and from the CEU Translation Project
of the Open Society Institute-Budapest

Knygos leidimą finansavo
Atviros Lietuvos fondas
ir Atviros visuomenės institutas Budapešte
(Vidurio Europos universiteto Vertimų projektas)

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-776-63-5

© Vertimas į lietuvių kalbą
ir įvadinis straipsnis –
Egidijaus Kūrio, 1997
© Maketas – *„Pradai"*, 1997

TURINYS

Egidijus Kūris. Hartas ir mes 9

Pratarmė 35

Redaktorių pastaba 39

I. PRIMYGTINIAI KLAUSIMAI 43
1. Teisės teorijos keblumai 43
2. Trys nuolat kartojami klausimai 51
3. Apibrėžimas 64

II. ĮSTATYMAI, KOMANDOS IR ĮSAKYMAI 71
1. Liepimų įvairovė 71
2. Teisė kaip prievartiniai įsakymai 75

III. ĮSTATYMŲ ĮVAIROVĖ 83
1. Teisės turinys 84
Pripažinimas niekiniu kaip sankcija 95
Galias suteikiančios normos kaip teisės fragmentai 98
Iškraipymas – vienodumo kaina 102
2. Taikymo ribos 106
3. Kilmės formos 109

IV. SUVERENAS IR VALDINYS 116
1. Įprotis paklusti ir teisės tęstinumas 118
2. Teisės išlikimas 132
3. Legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai 138
4. Suverenas įstatymų leidybos institucijos priedangoje 145

V. TEISĖ – PIRMINIŲ IR ANTRINIŲ NORMŲ JUNGINYS 161
1. Nauja pradžia 161
2. Prievolės idėja 164
3. Teisės elementai 176

VI. TEISINĖS SISTEMOS PAGRINDAI 188
1. Pripažinimo taisyklė ir teisinis galiojimas 188
2. Nauji klausimai 202
3. Teisinės sistemos patologija 211

VII. FORMALIZMAS IR SKEPTIŠKAS POŽIŪRIS Į NORMAS 220
1. Atviroji teisės struktūra 220
2. Skeptiškų požiūrių į normas įvairovė 236
3. Teismo sprendimo galutinumas ir neklaidingumas 243
4. Pripažinimo taisyklės neapibrėžtumas 251

VIII. TEISINGUMAS IR MORALĖ 261
1. Teisingumo principai 264
2. Moralinė ir teisinė prievolė 279
3. Moraliniai idealai ir socialinė kritika 297

IX. TEISĖ IR MORALĖ 303
1. Prigimtinė teisė ir teisinis pozityvizmas 303

2. Minimalus prigimtinės teisės turinys 314
3. Teisinis galiojimas ir moralinis vertingumas 322

X. TARPTAUTINĖ TEISĖ 338
1. Dėl ko kyla abejonių 338
2. Prievolės ir sankcijos 342
3. Prievolė ir valstybių suverenitetas 347
4. Tarptautinė teisė ir moralė 356
5. Formos ir turinio analogija 363

POST SCRIPTUM 371
Įvadas 371
1. Teisės teorijos esmė 373
2. Teisinio pozityvizmo esmė 380
(i) Pozityvizmas kaip semantinė teorija 380
(ii) Pozityvizmas kaip interpretacinė teorija 385
(iii) Švelnusis pozityvizmas 388
3. Normų esmė 394
(i) Normų praktikos teorija 394
(ii) Normos ir principai 395
4. Principai ir pripažinimo taisyklė 406
Genealogija ir aiškinimas 406
5. Teisė ir moralė 412
(i) Teisės ir pareigos 412
(ii) Teisės identifikavimas 413
6. Teisėjų diskrecija 417

PASTABOS 423

Rinktinė kritikos darbų bibliografija 467

Vardų rodyklė 471

HARTAS IR MES

Dr. Egidijus Kūris

I

Pagaliau lietuviškai pasirodo Herberto Lionelio Adolphuso Harto *Teisės samprata*. Norėtųsi tikėti, kad šis įvykis taps mūsų teisės teorijos studijų ir tyrimų posūkio tašku. Prieš keturis dešimtmečius šis H. L. A. Harto veikalas iš esmės pakeitė visą tuometinę teisės teoriją ir drauge visą teisės mokslą; galima netgi teigti, kad kaip tik nuo tada teisės teorija, arba jurisprudencija, tapo savarankišku teisės mokslu *greta* kitų. Išties, pasirodžius *Teisės sampratai*, teisės teorija jau negalėjo būti tik atskirų teisės šakų žinių „apibendrinimas". Kitaip tariant, ji nebegalėjo būti tik *teisės enciklopedija* – teisės mokslo kategorijų ir sąvokų apibrėžimų, tipologijų bei klasifikacijų rinkinys. Kita vertus, teisės teorija nebegalėjo būti *tik* nuolanki politikos filosofijos tąsa, t.y. tokia *teisės filosofija*, kuri teisines kategorijas išveda iš „aukštesniųjų tiesų" – abstrakčių filosofinių ar moralinių principų. Teisės teorijos nebebuvo galima toliau grįsti tik politiniais, ideologiniais ar vertybiniais argumentais. Ji nebegalėjo būti nei grynai formali enciklopedinė, nei moralistinė. Ten, kur turėjo galimybes laisvai reikštis socialinė mintis, teisės teorija tapo analitiniu ir į praktiką orientuotu mokslu. Ji tapo teisinę praktiką analizuojančia *jurisprudencija*.

Lietuvos skaitytojas nėra lepinamas teisės teorijos veikalais. Bet ar jis jų nori? Teisės teorija nėra tokios žinios apie teisę, kurios „čia pat" gali tapti kūnu. Teisės teorija – tai įvairiausios spekuliacijos apie tai, ką kasdieniame gyvenime, atrodo, galima

paaiškinti kur kas paprasčiau. Galbūt neatsitiktinai H. L. A. Harto knyga – faktiškai *pirmoji* moderniosios teisės teorijos knyga lietuvių kalba; ja pradedamas lietuvių skaitytojo supažindinimas su pasauline teisės teorijos *klasika*. Tai, kad H. L. A. Harto veikalas chronologiškai aplenkė kitus, yra atsitiktinumas: Atviros Lietuvos fondas, inicijavęs šios knygos išleidimą, svarstė galimybę išleisti ir kitų autorių tolygaus reikšmingumo darbus; reikia manyti, kad ateityje tai bus padaryta. Todėl viliamės, kad ši knyga paskatins ir profesionalių teisininkų, ir kitų mokslų atstovų domėjimąsi jurisprudencija kaip mokslu, įprasminančiu visą teisės – ypatingo socialinio fenomeno – būtį. Tačiau sunku tikėtis, jog artimiausiu metu bus išversti tie dvidešimt ar trisdešimt moderniosios teisės teorijos veikalų, kuriuos sąlygiškai galėtume sujungti į „moderniosios teisės teorijos klasikos biblioteką".

Į ją visų pirma turėtų įeiti Johno Locke'o *Du traktatai apie valdymą* (*Two Treatises of Government*)[1], barono Charleso Louis Montesquieu *Apie įstatymų dvasią* (*De l'esprit des lois*)[2], Jeano Jacqueso Rousseau *Apie visuomenės sutartį, arba politinės teisės principai* (*Contrat social, ou principes du droit politique*)[3], Jameso Madisono, Johno Jay'aus ir Alexanderio Hamiltono *Federalistų užrašai* (*Faderalist Papers*) ir Benjamino Constanto de Rebeque'o *Konstitucinės politikos kursas* (*Cours de la politique constitutionnelle*). Šiuos veikalus galima laikyti politikos ir teisės *filosofijos* darbais – tiek daug dėmesio juose skiriama tautos suvereniteto, valdžių padalijimo ir individo laisvės problemoms; bet jie drauge davė pradžią daugelio teisės *teorijos* kategorijų (pavyzdžiui, teisinės atsakomybės, pozityviosios teisės sistemos, teisėdaros proceso

[1] Antrasis traktatas išleistas 1992 m. (Dž. Lokas. *Esė apie tikrąją pilietinės valdžios kilmę, apimtį ir tikslą*. – Vilnius: Mintis, 1992).

[2] Ištraukos išverstos 1987 m. (Š. L. Monteskjė. *Apie įstatymų dvasią* // A. Rybelis (ats. red.). *Filosofijos istorijos chrestomatija. Naujieji amžiai*. – Vilnius: Mintis, 1987).

[3] Išverstas 1979 m. (Ž. Ž. Ruso. *Apie visuomenės sutartį, arba politinės teisės principai* // Ž. Ž. Ruso. *Rinktiniai raštai*. – Vilnius: Mintis, 1979).

ir kt.) nagrinėjimui. Šie veikalai glaustai supažindintų su šiuolaikinės Vakarų teisės teorijos priešistore, arba ištakomis (bet dar ne su pačia jurisprudencija, kaip ji imta traktuoti „po Harto“).

Toliau į šią biblioteką turėtų įeiti autoriai, kuriuos sąlygiškai galime pavadinti šiuolaikinės jurisprudencijos klasikais (XIX a. – XX a. vidurys): pozityvistai Jeremy Benthamas, Johnas Austinas ir, žinoma, Hansas Kelsenas, istorinės mokyklos kūrėjai Friedrichas Karlas von Savigny ir seras Henry Sumneras Maine'as (prie šios krypties savaip pritampa ir Karlas Marxas), moderniosios prigimtinės teisės mokyklos atstovai François Gény, Jeanas Dabinas ir A. P. d'Entrèves, įvairių sociologinių teisės teorijų pagrindėjai Rudolfas von Iheringas, Eugenas Ehrlichas, Emile'is Durkheimas ir Leonas Duguit, žymiausias (galbūt vienintelis žymus) psichologinės teisės mokyklos atstovas Leonas Petražyckis, pagaliau įvairių ankstyvojo teisinio realizmo krypčių atstovai Oliveris Wendellas Holmesas jaunesnysis, Karlas Llewellynas, Roscoe Poundas, Jerome'as Frankas, Karlas Olivecrona, Vilhelmas Lunstedtas ir Alfas Rossas, teisės ir logikos integracijos šalininkai Ernstas Roguinas ir Wesley Newcombas Hohfeldas, galbūt ir kai kurie kiti. Sąrašas gali atrodyti ilgas tik tokiai visuomenei, kuriai jos teisinės kultūros skurdas neatrodo problema arba kurioje kasdienė rutina užtemdo šimtmečius kauptą išmintį.

Visus šiuos autorius vienijo siekis atsakyti į klausimą „Kas yra teisė?“. Bet vienareikšmiškai į šį klausimą nebuvo atsakyta. Matyt, galima prognozuoti, jog niekuomet nebus suformuluota tokia teisės *sąvoka*, kuri visiškai patenkintų bent jau didelę dalį teisės teoretikų. Ir jau vien todėl teisės teorija išliks dinamišku ir aistras kurstančiu mokslu.

II

Hartas nuo žymiųjų teisės teoretikų stovi tarsi skyrium. Jis jokiu būdu nebuvo revoliucionierius, paneigęs ankstesniąsias teorijas ir ant jų griuvėsių sukūręs savąją. Tačiau XX a. antrojoje

pusėje tikriausiai tik dviem teoretikams – Kelsenui, o šiek tiek vėliau Hartui – pavyko pakreipti analitinės jurisprudencijos raidą taip, kad tolesnės teisės ir teisinės sistemos prigimties studijos *privalėjo* būti polemika su jų veikalais. Bet ir Hartas, ir Kelsenas savo pagrindiniuose veikaluose išplėtojo dar X–XII a. pradėjusią formuotis pagrindinę Vakarų teisinės tradicijos ir jos sudedamosios dalies – teisės mokslo – metodologinę nuostatą: teisė, kuri faktiškai yra eklektiškas, o dažnai ir racionaliai nepaaiškinamas fenomenas, patiriantis tiek įvairiausių įtakų, kad net bandymas jas susisteminti atrodo bergždžias, vis dėlto – bent jau praktikos sumetimais – gali būti aiškinama kaip sistema, joje galima išskirti pagrindinius ir antraeilius elementus, svarbiausius ją veikiančius veiksnius, raidos dėsningumus[4].

Bandydama sukonstruoti vieningą teisės sampratą, visa be galo marga teisės teorija, bent jau nuo to meto, kai ji ėmė atsiskirti nuo politikos ir moralės filosofijos, pasuko trimis kryptimis – analitine (Benthamas, Austinas ir kt.), sociologine (Ehrlichas, Durkheimas, amerikiečių ir skandinavų realizmo mokyklos) ar transformuotos prigimtinės teisės mokyklos kryptimi (Gény, d'Entrèves ir kt.)[5]. Aišku, toks schematiškas apibūdinimas labai supaprastina išties skirtingų mokyklų įvairovę. Tačiau tik nedaugeliui mokslininkų pavyko į savo teorijas integruoti visų šių trijų ir šiandien gana aiškiai matomų pagrindinių teisės teorijos krypčių patirtį, ne atmesti nepriimtinas ar nepatinkančias, bet į visas jas pažvelgti per vieningą metodologinę prizmę. Hartas tokią metodologiją ne tik pasiūlė (tiesa, sekdamas daugiausia Benthamu ir Austinu), bet ir nuosekliai taikė. Todėl jo teisės teorija nėra koks

[4] Žr. H. J. Berman. „The Origins of Western Legal Science"// J. C. Smith, D. N. Weisstub (eds.). *The Western Idea of Law*. – London: Butterworths, 1983. – P. 399 ff.

[5] Čia aš remiuosi: J. Stone. *The Province and Function of Law*. – Buffalo: William S. Hein & Co., 1950; *Legal System and Lawyers' Reasonings*. – London: Stevens & Sons, 1964; *Human Law and Human Justice*. – London: Stevens & Sons, 1965; *Social Dimensions of Law and Justice*. – London: Stevens & Sons, 1966; žr. taip pat.: S. Strömholm. *A Short History of Legal Thinking in the West*. – Stockholm: Norstedts, 1985.

nors „apreiškimas“, nežinia iš kur atsiradęs mokslininko galvoje, – ji išaugo iš priekabios, skrupulingos Benthamo, Austino, Kelseno, Holmeso, skandinavų realistų, pagaliau vėlesnių paties Harto kritikų (pavyzdžiui, Ronaldo Dworkino ir Lono L. Fullerio) teiginių analizės. Atrodo, kad jam rūpėjo jų *kiekvieno* teiginio *kiekvienas* žodis.

III

Herbertas Lionelis Adolphusas Hartas gimė 1907 m. Jis baigė Čeltenhemo koledžą (*Cheltenham College*) ir Bredfordo vidurinę mokyklą (*Bradford Grammar School*). Tolesnis Harto gyvenimas ir veikla daugiausia buvo susiję su Oksfordo universitetu. Čia, Naujajame koledže (*New College*), 1929 m. jis baigė klasikinę ir senovės istoriją bei filosofiją ir buvo absoliutus savo laidos lyderis. 1932 m. Hartas, išlaikęs advokatūros egzaminus, tapo baristeriu (taip Anglijoje vadinami teismo advokatai) kanclerio (t.y. teisingumo) teisme ir šį darbą dirbo aštuonerius metus. Jo praktikos sritis buvo patikėtinės nuosavybės, šeimos ir mokesčių bylos. Koledžas, kurį Hartas baigė, ne kartą jį kvietė į darbą – dėstyti filosofijos, tačiau Hartas šio pasiūlymo vis atsisakydavo. Karo metais jis dirbo karinėje žvalgyboje – drauge su kitais dviem Oksfordo filosofais Gilbertu Ryle'u[6] ir Stuartu Hampshire'u, tačiau ir čia jis dirbo daugiausia teisinį darbą. Harto teisinė praktika truko iš viso šešiolika metų; po to jis dar kartą buvo pakviestas dirbti Naujajame koledže – ir šį kartą sutiko[7].

Pasirinkęs akademinę karjerą, Hartas iš pradžių neketino savo filosofijos žinias taikyti sprendžiant teisės problemas. Vis dėlto

[6] Yra pagrindo manyti, kad būtent Ryle'is, kurį laiką Kembridže dirbęs drauge su vienu žymiausių kalbos filosofijos specialistų austru Ludwigu Wittgensteinu, paskatino Hartą domėtis kalbos filosofija (žr. J. M. Kelly. *A Short History of Western Legal Theory*. – Oxford: Clarendon Press, 1992. – P. 403).

[7] Žr. N. MacCormick. *H. L. A. Hart*. – Stanford: Stanford University Press, 1981. – P. 2.

išėjo kitaip. Jo, kaip teisininko, patirtis ir sugebėjimas manipuliuoti žodžiais siekiant praktinių tikslų buvo kaip tik tai, kas tuo metu atrodė ypač reikalinga jo kolegoms filosofams, kuriems kalbos vartojimo teorinės ir praktinės problemos jau buvo tapusios nauja, dar nepakankamai išnagrinėta sritimi[8].

1952 m. Hartas, kaip teisininkas ir filosofas, buvo išrinktas į vakuojančią Oksfordo Jurisprudencijos katedros vietą. Jau jo inauguracinė kalba „Apibrėžimai ir teorija jurisprudencijoje" (*Definition and Theory in Jurisprudence*)[9] buvo sutikta prieštaringai, net kritiškai. Joje Hartas pabrėžė būtinumą kurti teisės teorijas ne remiantis *jau suformuluotais* teisinių sąvokų apibrėžimais, bet nuodugniai analizuojant teisinę kalbą ir tai, kokią įtaką ji daro teisinei praktikai. Juk nors apskritai, atrodo, yra žinoma, kada kokius teisinius terminus reikia vartoti, dauguma šių terminų iš tikrųjų yra anomalijos, nes jie dažniausiai neturi tiesioginių atitikmenų realių faktų pasaulyje[10]. Todėl daugelis teisės teoretikų suklumpa, bandydami pasiūlyti tokius teisinių sąvokų apibrėžimus, kurie nurodytų konkrečius šiomis sąvokomis žymimus realaus pasaulio reiškinius, ir jais remdamiesi suformuluoti vidujai neprieštaringas teisės teorijas; tuo tarpu kiti, priešingai, visas teisines sąvokas apskritai skelbia esant fikcijas[11]. Hartas kvietė prisiminti Benthamo raginimą nevargti ir neapibrėžinėti teisinių sąvokų, bet analizuoti, kokią reikšmę tam tikri žodžiai turi konkrečiame teisiniame tekste[12]. Ši metodologinė nuostata yra visos teisinės sistemos konstravimo prielaida: faktiškai kiekviena teisinė sąvoka informuoja apie tam tikras – realias arba fiktyvias – juridines ir socialines sąlygas, kuriomis ji pati yra prasminga, o būtent šios sąlygos ir sieja įvairius teisinius reiškinius į vieną visumą. Iš esmės visa tolesnė

[8] Ibid.

[9] H. L. A. Hart. *Definition and Theory in Jurisprudence*. – Oxford: Clarendon Press, 1953.

[10] H. L. A. Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. – Oxford: Clarendon Press, 1983. – P. 22.

[11] Ibid. – P. 22–26.

[12] Ibid. – P. 26.

Harto mokslinė veikla buvo, galima sakyti, vaisingas bandymas įrodyti, kad ir teisės, ir atskirų jos elementų analizės išeities taškas yra žodžių, kuriais žymimi realūs arba fiktyvūs teisiniai reiškiniai, prasmės aiškinimasis.

Tačiau po inauguracinės kalbos, apibrėžusios jo mokslinę programą[13], keletą metų Harto mokslinių tyrinėjimų rezultatai buvo mažai kam žinomi, išskyrus jo paskaitų klausiusius studentus[14].

1959 m. Hartas drauge su Anthony M. Honoré išleido veikalą *Priežastinis ryšys teisėje* (*Causation in Law*)[15]. Tačiau didžiausią ir teisininkų, ir filosofų susidomėjimą sukėlė 1961 m. pasirodžiusi jo knyga *Teisės samprata* (*The Concept of Law*)[16], kuri sulaukė daugelio pakartotinių leidimų ir kuriai nešykšti epitetų net Harto kritikai[17]. *Teisės samprata* iš pradžių buvo sumanyta kaip vadovėlis, bet savo milžinišku poveikiu teisinės minties raidai ji tikriausiai pralenkė visus iki tol parašytus teisės disciplinų vadovėlius. Šioje knygoje Hartas originaliai susieja lingvistinį, filosofinį ir profesionalaus teisininko požiūrį į teisę, kartu pagrįsdamas jurisprudencijos, kaip teisės teorijos, kuri negali ir neturi būti tik atskirų teisės sričių ar šakų studijų ir tyrimų apibendrinimas, paskirtį. *Teisės sampratoje*, remiantis dar garsiojoje Harto inauguracinėje kalboje išdėstytomis nuostatomis, kad visų teisinių reiškinių esmės atskleidimo prielaidas sudaro nuodugni teisinėje kalboje vartojamų žodžių prasmių analizė (kurią visiškai įmanoma derinti su atitinkamų reiškinių deskriptyviu sociologiniu nagrinėjimu), buvo suformuluota nauja teisės koncepcija: teisė – tai vadinamųjų pirmi-

[13] Žr. J. M. Kelly. Op. cit. – P. 403.

[14] Žr. N. MacCormick. Op. cit. – P. 3.

[15] H. L. A. Hart, A. M. Honorė. *Causation in Law*. – Oxford: Clarendon Press, 1959.

[16] H. L. A. Hart. *The Concept of Law*. – Oxford: Clarendon Press, 1961.

[17] Žr. R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978. – P. ix; M. P. Golding. *Philosophy of Law* . – P. 43; J. M. Kelly. Op. cit. – P. 403; N. MacCormick. Op. cit. – P. 3.

nių ir antrinių normų junginys. Vėlesniuose Harto veikaluose – *Teisė, laisvė ir moralė* (*Law, Liberty and Morality*, 1963)[18], *Baudžiamosios teisės moralė* (*The Morality of Criminal Law*, 1965)[19], *Bausmė ir atsakomybė. Teisės filosofijos apybraižos* (*Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1967)[20], taip pat gausiuose straipsniuose, iš kurių svarbiausieji paskelbti rinkiniuose *Apybraižos apie Benthamą. Jurisprudencijos ir politikos teorijos studijos* (*Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, 1982) bei *Jurisprudencijos ir filosofijos apybraižos* (*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983)[21], – ši koncepcija buvo plėtojama, drauge atsakant į kritikų pastabas. Harto teisės teorijos kulminacija – *Teisės sampratos* 1994 m. leidimas, kuriame yra visų teisės teoretikų ilgai lauktas (nors nebaigtas) „Post scriptum" – autoriaus atsakymas į daugelį vieno garsiausių jo kritikų, Ronaldo Dworkino, argumentų. Šis *Teisės sampratos* leidimas pasirodė jau po Harto mirties; jis mirė 1993 m.

IV

Čia nėra reikalo atpasakoti visą Harto teorijos turinį; tie, kurie domisi jurisprudencija, perskaitę knygą dar ir dar kartą grįš prie jo įžvalgių teiginių ir elegantiškų formuluočių. Hartas pats perspėja, kad jo veikale dėstymas yra ištisinis; išties argumentavimas yra toks nuoseklus, kad bet koks jo atpasakojimas arba santrauka tampa fragmentiški. Pažymėtina, kad būtent dėl šios priežasties jurisprudencijos vadovėliuose, kuriuose pateikiamos svarbiausių teisės teorijos veikalų ištraukos, ištraukų iš *Teisės sampratos* beveik nebūna – šią knygą reikia skaityti *visą*.

[18] H. L. A. Hart. *The Morality of Criminal Law*. – Jerusalem: Magnes Press, Hebrew University & London: Oxford University Press, 1965.

[19] H. L. A. Hart. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. – Oxford: Clarendon Press, 1968.

[20] H. L. A. Hart. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. – Oxford: Clarendon Press, 1982.

[21] H. L. A. Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. – Oxford: Clarendon Press, 1983.

Sustosiu tik prie kai kurių esminių Harto teorijos fragmentų.

Hartas kritiškai vertina ir galiausiai atmeta, ko gero, visas iki tol dominavusias pagrindines teisės sampratas. Antai jam nepriimtina prigimtinės teisės doktrina – Hartas, kaip pozityvistas, nemato nieko, kas įtikinamai patvirtintų kokios nors prigimtinės, „išankstinės", *a priori* egzistuojančios „teisės" buvimą; kita vertus, net ir pripažįstant prigimtinės teisės objektyvumą, klausimas, *kas* yra teisė ir teisinė sistema, liktų toks pat atviras. Harto neįtikina ir amerikietiškosios realizmo mokyklos propaguotos teisės prediktyvistinės analizės nuostatos, kad teisė – tai tik numatymas to, kaip vienu ar kitu atveju pasielgs teismai ar kiti jurisdikciniai organai, kurių kompetencijai priskirtas ginčų sprendimas: juk grynai deskriptyvi analizė nesugeba paaiškinti, *kodėl* šie organai paprastai elgiasi būtent taip. Jam abejonių kelia ir tos teisinio realizmo atmainos (ypač išplėtotos Skandinavijoje), kurios teisę, kaip objektyviai funkcionuojantį socialinio gyvenimo veiksnį, iš visuomenės perkelia į grynai (ar daugiausia) psichinių vaizdinių ir jausmų sritį. Grynai normatyvistinės teisės teorijos (pavyzdžiui, Kelseno „grynoji" teisės teorija) taip pat nėra be priekaištų – įkalindamos teisę normų tarpusavio loginių ryšių ir jų priklausymo vieningai sistemai tinkle, jos neįstengia (arba nesistengia) paaiškinti, kodėl šios normos *galioja* gyvenime, t.y. kodėl jas akceptuoja tie, kurie privalo jų laikytis ar jas taikyti[22]. Pagaliau Hartas sukyla prieš teoriją, kurios pagrindinė idėja yra nulėmusi ir mūsuose vis dar dominuojančios (ir, deja, atrodo, dar ilgai dominuosiančios) teisės sampratos raidą, – tai idėja, kad teisė yra suvereno valios pareiškimai, arba grasinimais paremti įsakymai: „daryk tai, ką liepia suverenas (t.y. valstybė), nes priešingu atveju tau bus taikomos tam tikros (dažniausiai iš anksto apibrėžtos) sankcijos". Bene nuosekliausiai šią teoriją suformulavo Austinas, pasak kurio tai, kad tam tikriems – autoritetingiems – liepimams žmonės yra *įpratę* paklusti, ir yra visos galiojančios teisės pagrindas; būtent Austino *grasinimais paremtų įsakymų* (suvereno komandų) koncepcijos kritika yra Harto teisės teorijos išeities taškas.

[22] Žr. M. P. Golding. Op. cit. – P. 43.

Kai kurie Austino liepimų teorijos netolygumai buvo pastebėti jau seniai, pavyzdžiui, tai, kad ši teorija nesugeba paaiškinti tokių specifinių sistemų, kaip tarptautinė arba primityvioji teisė, esmės, arba tai, kad pagrindinio šios teorijos „veikėjo" – suvereno – identifikavimas toli gražu nėra paprastas dalykas. Tačiau Hartas atkreipė dėmesį į tai, kad ši iš pažiūros patraukli teorija, sukonstruota remiantis daugiausia pavyzdžiais iš baudžiamosios teisės srities, nepaaiškina daugelio šiuolaikinės valstybės *vidaus* teisės elementų: juk šiuolaikinė municipalinė teisė *nėra* tik baudžiamoji arba administracinė teisė, kur suverenas įsakinėja valdiniams ir nustato sankcijas už jo nurodymų nesilaikymą[23]. Antai Austinas sandorio pripažinimą niekiniu laikė sankcija už (šiuo atveju civilinės) teisės pažeidimą, tuo tarpu Hartui tokia mintis atrodė absurdiška[24]. Sutikime: Harto koncepcija, jeigu tik ji prasiskintų kelią į Lietuvos teisės mokyklas, apverstų aukštyn kojomis visą mums įprastą teorinį teisės trinarės struktūros modelį („norma = hipotezė + dispozicija + sankcija")!

Hartas normos (*rule*) sąvokai suteikia šiek tiek kitokį turinį negu daugelis autorių, savąsias teisės sampratas taip pat grindusių normomis (pavyzdžiui, Kelsenas vartojo ne *rule*, bet *norm* terminą). Harto teorijoje *norma* – tai taip pat *taisyklė*, bet šis terminas tarsi apima ir normatyvumo, ir normalumo aspektus, t.y. ir formalųjį, ir socialinį normos identifikavimo kriterijus. Toks termino pakeitimas (nors lietuviškai ir vienu, ir kitu atveju paprastai sakoma *norma*) savaip reikšmingas: Hartas tarsi atsiriboja nuo radikalaus normatyvizmo, į normas žiūrinčio tik per „deontinę" prizmę, t.y. kaip į tai, kas nurodo, ką *reikia* daryti. Taigi jis kitaip nei, tarkime, Kelsenas formuluoja normos sąvoką. Harto teisės teorija pradedama klausimu: ką *reiškia* tai, kad tam tikroje visuomenėje ar bendruomenėje galioja (ar tiesiog yra) norma?

[23] Žr. J. M. Kelly. Op. cit. – P. 403–404.

[24] Žr. Lord Lloyd of Hampstead. *Introduction to Jurisprudence*. – London: Stevens & Sons, 1979. – P. 189.

Atsakymą į šį klausimą pateikia normos *akceptavimo* kategorija: norma yra (galioja) tuomet, kai ji yra akceptuojama (t.y. priimama, arba pripažįstama). Tačiau normos akceptavimo nereikia traktuoti kaip jos moralinio ar ideologinio pripažinimo. Lygiai taip pat normos akceptavimas nereiškia, jog žmonės „jaučiasi" įpareigoti elgtis tam tikru būdu. Juo labiau akceptavimas nereiškia, jog norma tik konstatuoja tam tikrą dėsningą ar labiausiai paplitusį elgesį: kad visuomenėje galiotų norma, jog bažnyčioje kiekvienas vyriškis privalo nusiimti kepurę, nepakanka, kad visi jie taip elgtųsi; kad išoriškai matomas nukrypimas nuo tam tikro elgesio modelio būtų laikomas nukrypimu nuo normos, reikia, jog jį taip vertintų ir dauguma tos visuomenės narių (nors jų motyvai taip vertinti tam tikrą elgesį gali būti skirtingi). Todėl normos galiojimas (buvimas) apima du aspektus – išorinį (dauguma žmonių elgiasi tam tikru būdu, t.y. seka tam tikru elgesio modeliu) ir vidinį (jie pripažįsta tam tikrą elgesį kaip *modelį*, t.y. kaip sektiną pavyzdį). Kai reikalavimas laikytis tokių normų, taip pat socialinis spaudimas tiems, kurie joms nepaklūsta (ar norėtų nepaklusti), yra pakankamai stiprūs, galima teigti, jog šios normos nustato *prievoles* (arba suteikia galias, t.y. tai, ką mes paprastai vadiname subjektyvinėmis teisėmis; Hartas griežtai skiria prievoles nustatančias ir galias suteikiančias normas, nors kai kurie kritikai abejoja tokio griežtumo pagrįstumu[25]). Pažymėtina, kad Hartas skiria „paprastą" *privalėjimą* nuo *prievolės turėjimo*: ginkluoto plėšiko užpultas žmogus *privalo* (jaučiasi *privaląs*) atiduoti pastarajam savo pinigus (antraip plėšikas su juo susidoros), bet kai pinigus „atiduoti" reikalauja mokesčių inspektorius, žmogus tai padaryti ne tik *privalo*, bet ir *turi prievolę*.

Tokios – kartais nelengvai į lietuvių kalbą išverčiamos – lingvistinės vingrybės tik iš pirmo žvilgsnio atrodo apsunkinančios Harto formuluojamą teisės sampratą. Iš tikrųjų be nuodugnios

[25] Žr. S. P. Sinha. *What Is Law?* – New York: Paragon House, 1989. – P. 144.

žodžių prasmės analizės sunku būtų sukritikuoti ir argumentuotai paneigti Austino ir jo sekėjų teoriją, pasak kurios teisė yra suvereno „grasinimais paremti įsakymai", arba, kalbant mums įprasta kalba, „valstybės valia, paversta įstatymu". Bet tai, kad tokios tiesmukos, nors iš pažiūros gana nepriekaištingos, koncepcijos atsisakymas yra itin svarbus, ypač išryškėja žvelgiant jau iš šių dienų perspektyvos, kai Vakarų politinės ir teisinės minties socialinis kryptingumas bene visuotinai įvardijamas teisinės valstybės arba teisės viešpatavimo (*rule of law*) kategorijomis. Išties juk ne kiekviena suverenu pasiskelbusio ir realiai savo grasinimus įgyvendinti galinčio subjekto komanda gali būti laikoma teise net ir tada, kai jai visuotinai paklūstama, lygiai kaip ne visos prievolės ar pareigos yra *teisinės* prievolės ar pareigos – juk kai kurios iš jų nėra suformuluotos kaip suvereno (kurio valią dažniausiai formuluoja ne koks nors vienas valdovas, o tęstinė demokratiškai išrinkta įstatymų leidybos institucija – parlamentas) nurodymai visuomenės nariams, nors jas pripažįsta ir realizuoja absoliuti dauguma visuomenės narių. Užbėgdami tolesniam dėstymui už akių, pažymėkime, kad štai tokiu originaliu būdu pozityvizmas randa savyje jėgų kritiškai vertinti valstybės kuriamą, taigi *pozityviąją* teisę, likdamas ištikimas savo paties metodologinėms nuostatoms (kad, Kelseno žodžiais tariant, „visa teisė yra pozityvioji teisė"[26]) – nenuslysdamas nei į spekuliatyvius prigimtinės teisės mokyklos neapibrėžtumus, nei į perdėtą sociologizavimą, kai teise vadinami ir tokie socialiai reikšmingo elgesio veiksniai, kurių normatyvinis turinys, švelniai tariant, yra kvestionuotinas.

Bet grįžkime prie Harto teorijos. Aišku, įmanoma įsivaizduoti tokią visuomenę, kurioje prievoles nustatančios bei galias suteikiančios normos būtų vienintelės teisės normos. Tačiau tokia visuomenė iš tikrųjų gali būti gyvybinga tik tokiu atveju, jeigu ji yra labai maža ir jos gyvenimo aplinka yra pakankamai stabili. Priešin-

[26] Cit. pagal: M. P. Golding. Op. cit. – P. 40; plg. K. Lee. *The Positivist Science of Law*. – Aldershot: Avebury, 1989. – P. 4–5.

gu atveju prievoles nustatančių bei galias suteikiančių normų sistema neišvengiamai būtų ydinga trimis požiūriais. Pirma, šios normos būtų neaiškios, neapibrėžtos – nustatant, koks yra tikrasis šių normų turinys ar galiojimo ribos, nuolat kiltų sunkumų. Antra, šios normos būtų statiškos – jos kistų tik natūraliai kintant gyvenimo sąlygoms, vadinasi, labai lėtai. Ir, trečia, šios normos būtų neefektyvios – niekuomet nebūtų galima aiškiai nustatyti, ar norma yra pažeista, o neorganizuotas socialinis spaudimas būtų pernelyg silpnas, kad palaikytų jų galiojimą. Todėl kiekviena brandesnė visuomenė negali pasitenkinti tik prievoles nustatančiomis normomis, kurias Hartas vadina *pirminėmis normomis*. Jai reikia ir kitokių normų – *antrinių normų*, kurių Hartas, atsižvelgdamas į trejopą pirminių normų nepakankamumą, taip pat skiria tris rūšis.

Visų pirma, visuomenėje turi galioti tai, ką Hartas vadina *pripažinimo taisykle*. Pripažinimo taisyklė – tai tokia „svarbiausioji" norma, kuri nustato, kurios normos tikrai gali ir turi būti laikomos pirminėmis prievoles nustatančiomis arba galias suteikiančiomis normomis. Konkretūs būdai, kuriais suformuluojama pripažinimo taisyklė, gali būti labai įvairūs – tai gali būti tam tikras išsamus pirminių normų sąrašas, iškaltas akmenyje (kiek tokių pirmykščių teisės „kodeksų" žino istorija!), bet tai gali būti ir niekur oficialiai neužfiksuota nuostata, kad tai, ką nustato parlamentas, ir yra įstatymas, o drauge ir teisė (pavyzdžiui, joks Anglijos įstatymas nenustato, jog šioje šalyje „turi būti" ministrų kabinetas, bet egzistuojančio ministrų kabineto, kaip teisę kuriančios institucijos, legitimumas niekam nekelia nė menkiausių abejonių). Antra, turi būti *keitimo taisyklės* – jos nustato, kas ir kokiu būdu gali keisti galiojančias prievoles nustatančias bei galias suteikiančias normas, t.y. inicijuoti ir įgyvendinti įstatymų leidybą. Todėl pirminių *teisės* normų keitimo negalima paaiškinti remiantis grasinimais paremtais įsakymais; šis procesas pats paklūsta tam tikroms taisyklėms, kurios irgi yra teisės elementas.

Pagaliau, trečia, turi būti *bylų sprendimo taisyklės*, leidžiančios autoritetingai nustatyti, ar pirminės normos buvo pažeistos, ir taikyti tam tikras poveikio priemones pažeidėjams. Šios trečiosios rūšies antrinės normos istoriškai atsirado anksčiau ir už pripažinimo taisyklę, ir už keitimo taisykles. Visos trys antrinių normų rūšys yra artimai susijusios, tačiau šis ryšys ypač glaudus tarp pripažinimo taisyklės ir keitimo taisyklių. Bet antrinės normos susijusios ne tik tarpusavyje: būdamos normos, kurių objektas yra kitos (t.y. pirminės) normos, jos yra integrali teisinės sistemos dalis. Todėl Hartas teisę apibūdina kaip *pirminių ir antrinių normų junginį*. Visuomenė, kurioje galioja ne tik pirminės prievoles nustatančios bei galias suteikiančios normos, bet ir antrinės normos (bent jau bylų sprendimo taisyklės), žengia žingsnį iš ikiteisinio pasaulio į teisinį.

Tačiau perėjimas iš ikiteisinio pasaulio į teisinį – ne momentinis aktas, o ilgas ir sudėtingas procesas. Todėl teisinės sistemos buvimas ar nebuvimas – tai dažnai ne „taip ar ne" klausimas, o masto, arba laipsnio, klausimas[27]. Kitaip tariant, teisinės sistemos visuomenėje gali būti „daugiau" arba „mažiau". Primityvios visuomenės yra primityvios *ir* dėl to, kad jose nėra (ar labai mažai yra) antrinių normų (nors ne visuomet aišku, kokias konkrečias normas reikėtų laikyti antrinėmis; kai kurios antrinės normos egzistuoja ir primityviose visuomenėse[28]). Toks teisinės sistemos prigimties traktavimas neleidžia Harto priskirti tai formalių pozityvistų kategorijai, kurie į teisinę sistemą žiūri tik kaip į loginių ryšių visumą, o teisės spragas užpildyti ar įvairių normų prieštaravimus įveikti bando operuodami tik teisės aiškinimo technika. Harto požiūriu, teisinė sistema – besivystanti tikrovė, nepraranda savo ryšio su socialine sistema.

[27] Žr. M. P. Golding. Op. cit. – P. 45.
[28] Žr. ibid.; S. P. Sinha. Op. cit. – P. 145.

V

Aišku, visos anksčiau dominavusias teisės sampratas neigiančios ir naują teisės sampratą formuluojančios teorijos, jeigu tik jos nėra racionaliai nepaaiškinamo „apreiškimo" rezultatas, su ankstesnėmis teorijomis būna susijusios ne tik negatyvia, bet ir pozityvia prasme. Harto teorija nėra išimtis. Nors Hartas ir prieštaravo Austinui, teisę apibūdinusiam kaip suvereno komandas, jis nebandė paneigti *įpročio paklusti* kaip gyvenimo fakto, galinčio daryti įtaką teisinei sistemai. Juk idant teisinė sistema būtų pripažinta egzistuojančia (galiojančia), nepakanka, kad normų laikytųsi absoliuti visuomenės narių dauguma (t.y. kad jos būtų efektyvios grynai bihevioristine prasme), bet reikia, kad antrines normas akceptuotų patys pareigūnai, institucijos, kurios šias normas turi realizuoti. Šiuo požiūriu įpročio paklusti sąvoka gali būti prasminga paaiškinant, *kas* konkrečioje visuomenėje laikoma tokiais pareigūnais[29]. Ryšys su Austino teorija išlieka, net ir atmetus pastarosios formuluojamą teisės sampratą.

Kita vertus, Hartas visiškai nepaneigia ir Kelseno minties apie *fundamentaliosios normos*, iš kurios gali būti logiškai išvedamos visos kitos teisės normos, egzistavimą. Kelseno normų sistema – visų pirma *loginė* sistema, kurioje iš vienos – fundamentaliosios – normos (*Basic Norm*) gali būti išvedamos visos kitos. Teoretiko uždavinys – rasti šią fundamentaliąją normą ir nustatyti būdus, kuriais galėtų būti konstruojama visa teisinė sistema. Pažymėsime, kad būtent šia idėja galiausiai grindžiama visų šiuolaikinėms teisinėms sistemoms priklausančių normų hierarchija, o drauge ir konstitucingumo idėja. Išties Harto postuluojama pripažinimo taisyklė bent iš tolo turėtų priminti Kelseno fundamentaliąją normą; ne veltui Hartas pripažinimo taisyklę vadina „svarbiausiąja norma" (*ultimate rule of recognition*). Tačiau Kelsenui pagrindinė, fundamentalioji norma yra *galiojanti teisė*, nes, pagal

[29] Žr. M. P. Golding. Op. cit. – P. 45–46.

logikos dėsnius, tai, kas galioja, gali būti išvedama tik iš to, kas galioja. O Hartas į svarbiausiąją normą, t.y. pripažinimo taisyklę, žiūri kaip į socialinį faktą – pati savaime ji, kaip teisė, nėra nei galiojanti, nei negaliojanti[30]. Akivaizdu, kad yra daug valstybių, kuriose valdantieji bent ideologiniais sumetimais (nors gali būti ir kitų) nesutiks su tokiu „hipersociologizuotu" pagrindinės normos traktavimu, ir yra daug teisininkų – mokslininkų bei praktikų, – kuriems toks pačių teisinės sistemos pagrindų „pažeminimas" iki nuogo fakto lygmens atrodys tolygus teisės socialinio vertingumo sumenkinimui.

Šios nuolaidos (jeigu tai nuolaidos) Austinui ir Kelsenui, kurias galbūt būtų priverstas padaryti Hartas ar veikiau kai kurie jo teorijos sekėjai, liudija pirmiausia ne Harto teorijos prieštaringumą, o tik tai, kad teisė yra toks daugialypis socialinio gyvenimo fenomenas, kurio negalima patikimai redukuoti į kokią nors vieną – tegu ir sklandžiausiai surėstą – schemą. Bet Hartas ir nesiekė suformuluoti tokią teisės sampratą, kuri apimtų visą didžiulę teisinių reiškinių įvairovę, nesiekė savo teorijoje suklasifikuoti ir susisteminti įvairias teisės atmainas. Antai, rašant apie teisės šaltinius[31], jį domino tik paprotys, precedentas ir įstatymas; jis visai neskyrė dėmesio kitiems teisės šaltiniams – religijai, prerogatyvai, tradicijoms, protui (*reason*), sutartims, pagaliau norminiams aktams apskritai, kurių tik viena rūšis yra įstatymas. Hartui kartais priekaištaujama, kad *galios* terminu jis žymi viską, kas nėra prievolė arba pareiga (todėl pirmines normas ir skirsto tik į prievoles nustatančias ir galias suteikiančias normas), o juk nuo šitokių apibendrintų galių derėtų skirti, pavyzdžiui, kompetenciją arba teisnumą[32]. Tačiau *Teisės samprata* – tai teisės teorijos „pagrindai", o ne visa apimantis akademinis kursas. Todėl Harto teisės teorija pagrįstai gali būti vadinama *teisės filosofija* – ja

[30] Žr. ibid. – P. 46; J. W. Harris. *Legal Philosophies*. – London: Butterworths, 1980. – P. 110.

[31] Žr. III skyriaus § 3 „Kilmės formos".

[32] Žr. S. P. Sinha. Op. cit. – P. 145.

remiantis gali būti konstruojamos *įvairios* pozityviosios teisės teorijos, labiau orientuotos į kasdienius teisinės praktikos poreikius.

VI

Priekaištų Harto teorijai išsakoma ir daugiau. Kartais gali atrodyti, kad jeigu nebūtų Harto ir Kelseno veikalų, bent pusė dabarties teisės teoretikų turėtų pasiieškoti kito užsiėmimo – polemika, kurioje vieni ginčijasi su šiais autoritetais, o kiti kartoja ir gina jų argumentus, tapo vienu iš svarbiausių šiuolaikinės teisinės teorinės minties varomųjų jėgų. Vienas iš dažniausiai girdimų priekaištų – tai moralistinio turinio (bet nebūtinai atvirai moralizuojantis) argumentas, kad Hartas nepagrįstai „išmeta" moralines nuostatas iš postuluojamos pripažinimo taisyklės: juk būtent politinės, socialinės, o ypač moralinės nuostatos ir yra tas stabdys, kuris turėtų neleisti ir daugelyje visuomenių iš tikrųjų neleidžia pripažinimo taisyklę paversti piktnaudžiavimo valdžia įrankiu[33]. Toks priekaištas būtų suprantamas, jeigu Hartas būtų apskritai priešpriešinęs teisę moralei, bet jis neneigė, kad pati pripažinimo taisyklė *gali* būti grindžiama moraliniais kriterijais – tiesiog vadovavimasis ar nesivadovavimas moraliniais kriterijais jam yra toks pat socialinis faktas, kaip ir pačios pripažinimo taisyklės galiojimas. Hartas ne priešpriešino teisę moralei ir ne teisino nemoralią teisę – jis tiesiog nelaikė moralės *savaiminiu* teisės identifikavimo kriterijumi, jos analizės elementu[34] (pozityvistai laiko vertybes – taip pat moralines vertybes – irelevantinėmis jurisprudencijos požiūriu[35], bet ne irelevantinėmis apskritai). Kokiais *konkrečiais* motyvais grindžiama pripažinimo taisyklė, ko-

[33] Žr. R. W. M. Dias. *Jurisprudence*. – London: Butteworths, 1985. – P. 352–356.

[34] Žr. S. P. Sinha. Op. cit. – P. 144.

[35] Žr. ibid. – P. 126.

kios yra *konkrečios* jos susiformavimo aplinkybės *konkrečioje* visuomenėje, tai Harto nedomino arba domino tik tiek, kiek jų nurodymas padėjo išskirti pripažinimo taisyklę iš visų kitų *teisės*, kaip sudėtingo reiškinio, elementų.

Tačiau kitas Harto teorijos atžvilgiu išsakomas priekaištas yra kur kas esmingesnis; jo negalima atmesti pareiškiant, jog Hartas tiesiog nenorėjo „apie tai" rašyti, nes jam rūpėjo išsiaiškinti „pamatinius" teisės ir teisinės sistemos klausimus, o ne sukurti pozityviosios teisės teorijos sąvokų sistemą. Kritikai teigia, kad Hartas nenurodė, koks yra teisinę sistemą sudarančių normų ir kitų šios sistemos elementų santykis (ir ar apskritai yra kokių nors kitų teisės elementų, išskyrus normas). Šie elementai – tai principai, teisės aiškinimo aktai, taip pat politinės nuostatos (*policies*), kurios gali atlikti tą pačią socialinę funkciją, kaip ir teisės normos. Jeigu šie elementai nelaikomi teise, tai pernelyg daug kas iš to, kas yra teisė, nepagrįstai paliekama už teisinės sistemos ribų. Jeigu šie elementai laikomi teise (nors, atrodo, Hartas manė kitaip), jų ir normų akivaizdūs skirtumai suniveliuojami, argumentuotai nepaaiškinant, kodėl tai daroma[36].

Kaip tik šiuo požiūriu Harto teorija davė postūmį atsirasti kitai – alternatyviai – teisės teorijai, o drauge ir progą sužibėti naujai superžvaigždei teisės teoretikų žvaigždyne. Jos vardas – Ronaldas Dworkinas.

VII

Dworkinas buvo Harto įpėdinis Oksfordo Jurisprudencijos katedroje[37]. Jo pagrindiniai kontrargumentai prieš Harto teoriją buvo išdėstyti straipsnių rinkinyje *Rimtas požiūris į teises* (*Taking Rights Seriously*, 1973)[38], o vėliau – knygose *Principo reikalas*

[36] Žr. ibid. – P. 144–145.

[37] Žr. J. M. Op. cit. – P. 407.

[38] R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

(*A Matter of Principle*, 1985)[39] ir *Teisės imperija* (*Law's Empire*, 1986)[40]. Svarbiausias priekaištas, kurį Dworkinas pateikia Harto teorijai, yra tas, kad Hartas, visą teisę laikydamas *tik* normomis, nepelnytai ignoruoja kitus teisės elementus – subjektyvines teises (*rights*), principus (*principles*), teisės aiškinimo aktus (*interpretations*) ir politines nuostatas (*policies*). Pasak Dworkino, ne tik bendrosios teisės šalių, bet ir kontinentinės teisės tradicijai priklausantys teisėjai spręsdami bylas taiko ne tik teisės normas, kurias jiems diktuoja kodeksai ir įstatymai, bet ir daugelį kitų standartų, kurie nėra normos[41]. Dworkino nuomone, Hartas pernelyg pabrėžė „lengvas bylas", kuriose taikomos normos; tuo tarpu „sunkiose bylose" jurisdikciniams organams tenka vadovautis ne aiškiai suformuluotomis normomis, bet *politinėmis nuostatomis*, t.y. standartais, kuriuos diktuoja tikslas pagerinti bendruomenės ekonominį, politinį ar socialinį gyvenimą, bei *principais*, t.y. tokiais standartais, kuriuos diktuoja teisingumo, nešališkumo ar kitokie moraliniai reikalavimai[42].

Dworkinas pats pripažįsta, kad kartais skirtumą tarp normų ir principų yra sunku įžiūrėti[43]. Vis dėlto ginčas dėl to, ar principai yra normoms prilygstantis teisės elementas, kurį reikia atskirai išskirti, jokiu būdu nėra tuščias ginčas dėl sąvokų. Juk jeigu taip būtų, galbūt pakaktų susitarti, kad arba normos sąvoka apima *ir* principus, kaip tam tikrą normų atmainą (t.y. vadovautis plačiąja normos samprata), arba principai, kaip ne taip griežtai formuluojami standartai, yra ne normos, o tik savotiška jų užuomazga (t.y. vadovautis siaurąja normos samprata, kurią Hartui priskiria daugelis kritikų[44]). Antroji alternatyva atrodo visai įtikinama, juolab

[39] R. Dworkin. *A Matter of Principle*. – Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

[40] R. Dworkin. *Law's Empire*. – Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

[41] Žr. R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – P. 22.

[42] Žr. ibid.

[43] Žr. ibid. – P. 27–28.

[44] Žr. M. D. Bayles. *Hart's Legal Philosophy*. – Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992. – P. 167.

kad Harto teorijoje teisinės sistemos buvimas, kaip buvo minėta, yra „masto" klausimas. Hartas paaiškina, kodėl jis nesutinka principus priskirti teisės sričiai: viena vertus, tokiu būdu lengviau apibūdinti teisminį procesą; kita vertus, identifikuojant teisę, iš tikrųjų reikia identifikuoti jos branduolį, o ne tai, ką Hartas vadina „neapibrėžtumo aureole", t.y. įvairius ribinius atvejus, kurie pasižymi tik kai kuriais teisės bruožais („net jei yra ribinių atvejų, – rašo jis, – visų pirma turi būti ribos")[45]. Bet reikalas tas, kad jurisdikciniai organai – ir ne tik bendrosios teisės, bet ir kontinentinės teisės tradicijos šalyse – *iš tikrųjų* dažnai vadovaujasi ne normomis, bet kitais standartais; čia pakanka paminėti vadinamuosius bendruosius teisės principus arba mums žinomą teisės taikymą pagal analogiją. Tačiau šiais atvejais standartai (ypač jeigu juos diktuoja visuomenėje susiklosčiusi teisingumo samprata ar kiti moraliniai imperatyvai) nesiduoda lengvai, mechaniškai keičiami – jie yra palyginti stabilūs, dažnai pergyvena ne vieną žmonių kartą[46].

Kitas kontrargumentas, kurį Dworkinas pateikia prieš Harto teoriją, yra toks. Kadangi principai yra teisė, jie, kaip ir normos, turėtų būti identifikuojami remiantis pripažinimo taisykle. Bet, Dworkino įsitikinimu, pripažinimo taisyklė tam netinka, nes principai akceptuojami ne dėl to, kad jų „autoriai" yra tam tikri pareigūnai ar institucijos, bet dėl savo turinio, t.y. dėl to, kad ilgainiui įsitikinama jų priimtinumu[47]. Todėl yra pagrindo abejoti tuo, ką Hartas laiko pačia teisinės sistemos šerdimi, – pripažinimo taisykle. Dworkinas puola pripažinimo taisyklės, kaip socialinio fakto, sampratą apskritai: sprendžiant „sunkias bylas", dažniausiai nepakanka nurodyti, koks yra „socialinis faktas", t.y. kokia yra tam tikroje visuomenėje susiklosčiusi socialinė ir teisinė praktika, bet tenka remtis vieno sprendimo varianto moralinio pranašumo prieš kitus kriterijumi, todėl pati pripažinimo taisyklė nega-

[45] H. L. A. Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. – P. 70.
[46] Žr. J. M. Kelly. Op. cit. – P. 409.
[47] Žr. R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – P. 40.

li būti vien tik socialinio fakto konstatavimas[48]. Į tokius kontrargumentus Hartas ir jo šalininkai atsako, kad kai kuriose visuomenėse būtent moralinis tam tikrų principų turinys ir yra tas kriterijus, kuriuo remiasi pripažinimo taisyklė[49], o jeigu teisėjai, spręsdami bylas, apeliuoja į sprendimo moralumą, vadinasi, to reikalauja pati pripažinimo taisyklė[50].

Bet kodėl Dworkinas taip akcentuoja principų, kaip teisės elementų, reikšmę? Į šį klausimą galima atsakyti taip. Jeigu teisėjai, spręsdami „sunkias bylas", iš tikrųjų naudojasi plačia diskrecija (o tuo Hartas neabejoja), vadinasi, nėra garantijų, kad jurisdikcinės institucijos bus naudojamos geriems tikslams. Dworkino manymu, išsami teisės teorija turi pasiūlyti sprendimą ir šiais – „sunkių bylų" – atvejais, ir tai ji turi padaryti pasitelkdama principus, kai negalima pasitelkti normų (tiesa, Harto šalininkai nesutinka, kad principai *visuomet* pateikia aiškų atsakymą, kaip spręsti „sunkias bylas"[51]). Dworkinui diskrecija – tai tokia plati teisėjų nuožiūros laisvė, kai jų faktiškai nevaržo jokie autoritetingi standartai[52]. Jeigu teisėjai naudojasi tokia diskrecija, jie faktiškai kuria teisę *ex post facto*, tuo tarpu jie turėtų ne sukurti naujas teises bylos šalims, bet nustatyti, kokias teises šios *jau* turi, ir atitinkamai spręsti ginčus[53]. Teismai iš jurisdikcinės institucijos neturėtų virsti įstatymų leidybos institucija – įstatymų leidyba turėtų būti demokratiškai išrinktų pareigūnų prerogatyva.

Bet nors šie Dworkino argumentai ir svarūs demokratinės politinės ideologijos požiūriu, juose ignoruojamos dvi svarbios aplinkybės. Pirma, nors įstatymai apskritai neturėtų galioti atgaline tvarka, bet retroaktyvi įstatymų leidyba *savaime* nėra nesąžininga,

[48] Žr. ibid. – P. 68.

[49] Žr. H. L. A. Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. – P. 54–55.

[50] Žr. J. L. Coleman. *Markets, Morals and the Law*. – Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 1988. – P. 23.

[51] Žr. M. D. Bayles. Op. cit. – P. 175.

[52] Žr. R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – P. 32.

[53] Žr. ibid. – P. 30, 44, 81, 84.

ypač jei tenka spręsti ginčus, kurių teisė dar nėra sureguliavusi, – juk geriau juos išspręsti tokiu būdu, negu neišspręsti visai[54]. Antra, tikėtis, kad šiuolaikinėje „administracinėje" visuomenėje teisės aktus leis tik demokratiškai išrinkti atstovai, yra mažių mažiausiai naivu[55]. Vis dėlto Dworkino susirūpinimas, kad teisėjų diskrecija nevirstų priedanga neteisingiems ir neteisėtiems sprendimams, visiškai suprantamas.

Dworkinas įsitikinęs, kad teisėjai, spręsdami bylas, turi *remtis žmonių teisėmis*. Žmonių teisės nusveria naudingumo sumetimus: visuomenei gali atrodyti „naudinga" panaikinti arba apriboti teises, ir vis dėlto teisės yra svarbesnės. Dworkinas teises vadina *koziriais*[56]; teisių kaip kozirių (*rights as trumps*) koncepcija yra viena iš jo liberalios moralinės ir politinės filosofijos kertinių akmenų. Pasak Dworkino, juridinės teisės (t.y. subjektyvinės teisės) yra moralinių teisių atmaina: teismai, ginantys žmonių juridines teises, iš tikrųjų realizuoja politinės moralės nuostatas[57]. Teisėjams išties kartais iškyla dilema: sugedusioje (*wicked*) teisinėje sistemoje jie, vadovaudamiesi moraliniais kriterijais, kartais turi slėpti, ką vienu ar kitu klausimu *iš tikrųjų* skelbia teisė[58]. Taip Harto ir Dworkino polemikoje atgimsta šimtametis pozityvizmo ir prigimtinės teisės mokyklos ginčas: ar neteisinga teisė yra teisė?

Tačiau nereikia manyti, kad Dworkinas ir jo sekėjai tik kartoja, savaip persakydami, senus prigimtinės teisės mokyklos atstovų argumentus. Dworkinas savo teisės koncepciją vadina „teise kaip visuma" (*law as integrity*)[59], kurioje yra vietos įvairiems teisės elementams. Reikalas tas, kad Dworkinas akcentuoja tai, ką Hartas pavadino *vidiniu požiūriu* į teisę, t.y. teisinės sistemos

[54] Žr. M. D. Bayles. Op. cit. – P. 176.
[55] Žr. ibid.
[56] Žr. R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – P. 184–205.
[57] Žr. R. Dworkin. *A Matter of Principle*. – P. 256.
[58] Žr. R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – P. 326–327, 341–343.
[59] Žr. R. Dworkin. *Law's Empire*. – P. 176 ff.

veikėjų nuomonėmis ir nuostatomis teisės reikalavimų atžvilgiu, tuo tarpu Hartas nesitenkina vien vidiniu požiūriu, bet derina jį su deskriptyviu *išoriniu* teisinio elgesio stebėjimu[40]. Todėl Harto ir Dworkino teorijos nėra tokios nesutaikomos, kaip atrodo iš pirmo žvilgsnio ir kaip tikriausiai jie abu manė.

Čia nėra galimybės plačiau analizuoti išties gausią ir nesiliaujančią Dworkino ir Harto bei jų šalininkų (Harto sekėjų Josepho Razo, Michaelo D. Bayleso ir oponentų Lono L. Fullerio, Kento Greenawalto, Johno Finniso) diskusiją (kurios čia pateikti tik fragmentai). Džiugu, kad nors po Harto mirties dienos šviesą išvydo kai kurie iki tol nežinomi jo atsikirtimai į Dworkino kritiką. Skaitytojas pamatys, kad kai kada Dworkinui pavykdavo paskatinti Hartą pakeisti savo ankstenę poziciją (pats Dworkinas, priešingai, vargu ar kada nors prisipažino klydęs). Bet ir tada, kai abu oponentai neprieidavo prie bendros nuomonės, jų polemika plėtojo jurisprudenciją labiau negu šimtų kitų autorių teisės teorijos traktatai.

[40] Žr. M. D. Bayles. Op. cit. – P. 189.

TEISĖS SAMPRATA

PRATARMĖ

Rašydamas šią knygą, aš siekiau pagilinti teisės, prievartos ir moralės – skirtingų, bet susijusių socialinių reiškinių – sampratą. Nors knyga visų pirma skirta studijuojančiajam jurisprudenciją, tikiuosi, kad ji gali būti naudinga ir tiems, kuriuos labiau domina ne teisė, bet moralės ar politikos filosofija. Teisininkas šią knygą laikys analitinės jurisprudencijos apybraiža, nes jos paskirtis yra ne kritikuoti teisę ar teisinę politiką, o veikiau paaiškinti bendrąją teisinio mąstymo struktūrą. Be to, aš dažnai keliu klausinius, kuriuos galima vadinti klausimais dėl žodžių reikšmių. Antai aš svarsčiau, kuo „privalėti" skiriasi nuo „turėti prievolę"; kuo teiginys, kad norma yra galiojanti teisės norma, skiriasi nuo teiginio, kad ji yra pareigūnų elgesio numatymas; kas turima galvoje, kai teigiama, jog socialinė grupė laikosi normos, ir kuo šis teiginys skiriasi bei kuo yra panašus į teiginį, kad šios grupės nariai daro tam tikrus dalykus, nes taip yra įpratę. Viena iš svarbiausių šios knygos temų yra tai, kad nei teisės, nei kurios nors kitos socialinės sanklodos formos neįmanoma suprasti, neįvertinus tam tikrų esminių skirtumų tarp dviejų rūšių teiginių, kuriuos aš pavadinau „vidiniais" ir „išoriniais", – stebėjimo būdu tiriant socialines normas, galima formuluoti ir vienus, ir kitus.*

* Anglų kalbos žodis *rule* reiškia ir *normą*, ir *taisyklę*. Šioje knygoje jis dažniau (bet ne visuomet) verčiamas *norma*. (Žvaigždutėmis žymimos vertėjo pastabos, o skaičiais pažymėtos nuorodos yra paties autoriaus. – *Red. past.*)

Nors knygoje daug dėmesio skiriama analizei, ją galima laikyti ir aprašomosios sociologijos apybraiža; juk prielaida, kad žodžių reikšmių tyrinėjimai paaiškina tik pačius žodžius, yra klaidinga. Daugelį iš pirmo žvilgsnio nepastebimų socialinių situacijų ar santykių skirtumų geriausiai galima paaiškinti nagrinėjant įprastą atitinkamų posakių vartoseną ir tai, kaip šie posakiai priklauso nuo socialinio konteksto, kuris pats juose dažnai nėra minimas. Šiems tyrinėjimams ypač tinka profesoriaus J. L. Austino žodžiai, kad „įžvalgus žodžių suvokimas" gali padėti mums „aiškiau suvokti reiškinius".

Aišku, aš labai skolingas kitiems autoriams; iš tikrųjų daug vietos šioje knygoje skirta paprasto teisinės sistemos modelio, sukonstruoto vadovaujantis Austino liepinių teorija, trūkumams aptarti. Bet skaitytojas tekste aptiks labai nedaug nuorodų į kitus autorius, taip pat labai nedaug išnašų. Vietoj jų knygos pabaigoje jis ras plačias pastabas, kurias reikėtų skaityti po kiekvieno skyriaus; jose tekste išdėstyta nuomonė siejama su mano pirmtakų ir amžininkų išsakytais požiūriais, taip pat užsimenama, kokia linkme jų veikaluose diskusija galėtų būti toliau plėtojama. Tokį būdą aš pasirinkau iš dalies dėl to, kad šioje knygoje argumentavimas yra ištisinis, tad jo gretinimas su kitomis teorijomis jį pertrauktų. Bet aš turėjau ir pedagoginį tikslą: tikiuosi, jog šitoks dėstymas susilpnins įsitikinimą, kad teisės teorijos knyga – tai visų pirma knyga,*

* *Johnas L. Austinas* – Jeremy'o Benthamo (apie jį žr. išnašą p. 69) mokinys, Londono universiteto profesorius. Jis laikomas Anglijos „analitinės jurisprudencijos" kūrėju ir vienu iš teisinio pozityvizmo pagrindėjų. Svarbiausias Austino veikalas – *Nustatytoji jurisprudencijos sritis ir jurisprudencijos studijavimo nauda* (*The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, 1832), kuris po jo mirties buvo išleistas pakartotinai su jo žmonos Sarah'os Austin pratarme, bet jau kitu pavadinimu – *Jurisprudencijos paskaitos, arba pozityviosios teisės filosofija* (*Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 1861–1863). Austino teorija – Harto teorijos išeities taškas ta prasme, kad Hartas savo koncepciją dėsto kaip Austino kritiką. *NB:* nepainioti su J. L. Austinu, kurio straipsnį Hartas irgi cituoja (žr. p. 66).

iš kurios sužinoma, kas rašoma kitose knygose. Kol šio įsitikinimo laikosi tie, kurie rašo, šioje srityje negali būti didelės pažangos; o kol jo laikosi tie, kurie skaito, pačios disciplinos mokomoji vertė bus tikrai labai menka.

Aš jau seniai esu skolingas tokiai gausybei draugų, kad visų savo skolų dabar negaliu suminėti. Tačiau turiu prisipažinti esąs ypač skolingas ponui A. M. Honoré, kurio nuodugni kritika atskleidė daug minties painiavos ir stiliaus trūkumų. Aš juos bandžiau pašalinti, bet bijau, kad liko daug ko, kam jis nepritartų. Jeigu bent kiek yra vertinga šioje knygoje išdėstytoji politikos filosofija ir naujas prigimtinės teisės interpretavimas, tai tik pokalbių su ponu G. A. Paulu dėka; jam turiu padėkoti ir už korektūros skaitymą. Už naudingus patarimus bei kritiką taip pat esu labai dėkingas dr. Rupertui Crossui ir ponui P. F. Strawsonui, skaičiusiems tekstą.*

H. L. A. HART

Oksfordas, 1961 m. vasaris

Per pastaruosius dešimt metų pasirodė daug kritinės literatūros apie šią knygą. Naudodamasis tuo, kad knyga leidžiama pakartotinai, aš pridėjau prie „Pastabų" (p. 467–469) rinktinį sąrašą veikalų, kuriuose pateikta esminė knygoje išsakytų pažiūrų kritika ir mano kritikų pasiūlytos ryškiausios šių pažiūrų modifikacijos arba išplėtojimai. Aš tikiuosi kada nors ateityje įdėti į knygą išsamią diskusiją šiais klausimais.

H. L. A. HART

Oksfordas, 1972 m. kovas

* *Rupertas Crossas* – Oksfordo universiteto profesorius; jo žymiausias veikalas (laikomas vienu iš fundamentaliausių šiai temai skirtų veikalų) – *Precedentas anglų teisėje* (*Precedent in English Law*, 1961).

REDAKTORIŲ PASTABA

Teisės samprata per kelerius metus, praėjusius po šios knygos pasirodymo, pakeitė jurisprudencijos supratimą ir jos tyrimų pobūdį angliškai kalbančiame pasaulyje ir už jo ribų. Jos poveikis buvo milžiniškas, todėl pasirodė daugybė publikacijų, aptariančių šią knygą ir joje išdėstytas doktrinas – ir ne tik teisės teorijos kontekste, bet taip pat moralės ir politikos filosofijos kontekste.

Hartas ilgus metus puoselėjo mintį papildyti *Teisės sampratą* dar vienu skyriumi. Jis nenorėjo krapštytis prie teksto, kurio įtaka buvo tokia didžiulė, todėl, atsižvelgiant į jo norą, šis tekstas čia spausdinamas be pakeitimų, išskyrus menkesnes pataisas. Tačiau Hartas norėjo atsakyti į gausius šios knygos aptarimus – apginti savo poziciją nuo tų, kurie ją iškraipė, paneigti nepagrįstą kritiką, bet taip pat – jo manymu, tai buvo lygiai svarbu – nusileisti teisingos kritikos jėgai ir pasiūlyti, kaip knygoje išdėstytos doktrinos galėtų būti pataisytos, kad atsižvelgtų į šiuos argumentus. Naujasis skyrius, kuris iš pradžių buvo sumanytas kaip įžanga, bet galiausiai tapo prierašu knygos pabaigoje, liko neužbaigtas iš dalies tik dėl to, kad Hartas skrupulingai siekė tobulumo. Šitaip atsitiko ir dėl to, kad jis nesiliovė abejojęs paties šio sumanymo išmintingumu; jį kamavo dvejonės, ar derėtų taip elgtis su ryžtingais ir įžvalgiais pagrindiniais knygos teiginiais, tokiais, kokie jie iš pra-

džių buvo sumanyti. Vis dėlto, nors ir su ilgomis pertraukomis, Hartas atkakliai dirbo, rašydamas šį prierašą, ir iki mirties jis beveik užbaigė pirmąją iš dviejų sumanytų dalių.

Kai Jennifer Hart paprašė mus peržiūrėti rankraščius ir nuspręsti, ar tarp jų yra kas nors, ką būtų verta pateikti spaudai, mums labiausiai rūpėjo, kad nebūtų spausdinama tai, ko Hartas nebūtų norėjęs skelbti. Todėl mes labai apsidžiaugėme įsitikinę, kad prierašo pirmoji dalis buvo iš esmės užbaigta. Antrosios dalies mes aptikome tik ranka rašytas pastabas, bet jos buvo pernelyg fragmentiškos ir neužbaigtos, kad jas būtų galima publikuoti. Pirmosios dalies, priešingai, buvo keli variantai – perrašytas mašinėle, ištaisytas, dar kartą perrašytas ir dar kartą ištaisytas. Akivaizdu, kad netgi paskutiniojo varianto Hartas nelaikė visiškai užbaigtu. Šis variantas daug kartų taisytas pieštuku ir šratinuku. Maža to, Hartas ne atmesdavo ankstesnius variantus kaip nebereikalingus, bet, atrodo, dirbdavo toliau prie to varianto, kuris pakliūdavo po ranka. Nors tai ir apsunkino mūsų, kaip redaktorių, uždavinį, bet pataisos, padarytos per pastaruosius dvejus metus, buvo daugiausia stiliaus niuansų pataisos, o tai savaime liudija, kad Hartas buvo iš esmės patenkintas savo tekstu.

Mūsų užduotis buvo palyginti alternatyvius variantus ir, radus skirtumų, nustatyti, ar atskirų teksto dalių, esančių tik viename variante, kituose nebuvo dėl to, kad Hartas jas atmetė kaip nereikalingas, ar dėl to, kad jis niekada neturėjo vieno varianto, apimančio visus pataisymus. Spausdinamame tekste yra visi pataisymai, kurių Hartas neatsisakė ir kurie yra toliau jo taisytuose teksto variantuose. Kartais pats tekstas būdavo nenuoseklus. Dažnai taip atsitikdavo dėl to, kad mašininkė neteisingai perskaitydavo rankraštį, o Hartas jos klaidas ne visuomet pastebėdavo. Kitais atvejais, be jokios abejonės, sakiniai būdavo sudarkomi juos komponuojant, kaip paprastai bū-

na, ketinant juos pataisyti, kai bus galutinai tvarkomas tekstas; bet Hartas nespėjo to padaryti. Tokiais atvejais mes bandėme rekonstruoti pradinį tekstą arba atkurti Harto mintį, kuo mažiau pridėdami nuo savęs. 6-ame skirsnyje (apie diskreciją*) susidūrėme su ypatinga problema. Mes aptikome du šio skirsnio pirmosios pastraipos variantus – vieną egzempliorių, kuriame tekstas tam tikroje vietoje nutrūko, ir kitą egzempliorių, kuriame buvo ir likusioji to skirsnio dalis. Kadangi nebaigtasis variantas buvo tame egzemplioriuje, kuriame buvo ir daugelis Harto paskutiniųjų pataisų, o jis pats niekuomet šio varianto neatmetė, taip pat todėl, kad jis harmoningai dera prie viso dėstymo šiame knygos prieraše, mes nusprendėme leisti spausdinti abu variantus – tas, kuris nebuvo pratęstas, pateikiamas kaip baigiamoji pastaba.

Hartas niekuomet nedavė perrašyti mašinėle pastabų, kurios daugiausiai yra nuorodos. Pastabų buvo tik rankraštinis variantas, o su kuo šios pastabos siejamos, lengva nustatyti iš paties pirmojo mašinėle perrašyto pagrindinio teksto egzemplioriaus. Vėliau Hartas kartais pridėdavo nuorodas paaiškinimuose paraštėse, bet jie daugiausiai neužbaigti, kartais liudijantys tik poreikį surasti nuorodą, ir nieko daugiau. Timothy Endicottas patikrino visas nuorodas, surado visas, kurios buvo neužbaigtos, ir pridėjo nuorodas tose vietose, kur Hartas citavo Dworkiną arba atpasakojo jo žodžius, nenurodydamas šaltinio. Endicottas taip pat pataisė tekstą ten, kur citatos buvo netikslios. Atlikdamas šį didelių paieškų ir išradingumo reikalaujantį darbą, jis taip pat pasiūlė keletą pagrindinio teksto pataisų, atitinkančių jau minėtas redakcines gaires, ir mes šias pataisas su dėkingumu priėmėme.

Mes nė kiek neabejojame, kad Hartas, jeigu tik jis būtų galėjęs, būtų toliau dailinęs ir tobulinęs tekstą prieš jį paskelb-

* T.y. laisvą nuožiūrą.

damas. Bet mes esame įsitikinę, kad čia skelbiamas knygos prierašas yra jo gerai apsvarstytas atsakymas į daugelį Dworkino argumentų.

P. A. B.
J. R.*

* *J. R.* – Josephas Razas (apie jį žr. išnašą p. 394); *P. A. B.* – Penelope A. Bulloch.

I

PRIMYGTINIAI KLAUSIMAI

1. Teisės teorijos keblumai

Retas klausimas apie žmonių visuomenę yra kartojamas taip primygtinai, kaip klausimas „Kas yra teisė?“, ir į retą klausimą rimti mąstytojai atsako taip įvairiai, keistai ir net paradoksaliai. Net jeigu apsiribotume tik paskutiniųjų 150 metų teisės teorija ir paliktume nuošaly antikos ir viduramžių samprotavimus apie teisės „prigimtį“, vis tiek įsitikintume, kad čia susiklosčiusi situacija neturi analogų nė viename iš dalykų, kurie sistemingai studijuojami kaip atskiros akademinės disciplinos. Visai nėra išsamios literatūros, skirtos klausimams „Kas yra chemija?“ arba „Kas yra medicina?“, bet klausimu „Kas yra teisė?“ tokios literatūros yra. Kelios eilutės elementaraus vadovėlio įvadiniame puslapyje – štai ir viskas, ką reikia žinoti studijuojančiajam šiuos mokslus; o jam pateikiami atsakymai labai skiriasi nuo tų, kurie siūlomi studijuojančiajam teisę. Niekam neatėjo į galvą mintis, jog daug ką galima paaiškinti atkakliai teigiant, kad medicina yra „tai, kaip gydytojai gydo ligas“ arba „numatymas to, ką darys gydytojai“, lygiai kaip ir pareiškiant, kad tai, kas tradiciškai pripažįstama būdinga, svarbia chemijos sritimi, tarkime, rūgščių tyrinėjimas, iš tiesų visai nėra chemijos sritis, ir jog tai yra svarbu. Tačiau kai kalbama apie teisę, dažnai sakomi dalykai, iš pirmo žvilgsnio atrodantys tokie pat keisti, kaip ką tik minėtieji, – ir ne tik sakomi, bet ir atkakliai, iškalbingai ir aistringai įrodi-

nėjami, lyg jie apreikštų tiesas apie teisę, kurias ilgą laiką buvo užtemdęs klaidingas teisės tikrosios esmės supratimas.

„Tai, kaip pareigūnai sprendžia ginčus, <...> ir yra teisė."[1] „Pranašavimai, kaip <...> pasielgs teismai, <...> ir yra tai, ką aš vadinu teise."[2] Įstatymai yra „teisės šaltiniai, <...> bet ne pačios teisės sudedamosios dalys."[3] „Konstitucinė teisė yra tik pozityvioji moralė."[4] „Vogti negalima; jeigu kas nors vagia, turi būti nubaustas. <...> Pirmąją normą, jeigu ji apskritai egzistuoja, apima antroji norma, kuri ir yra vienintelė tikroji norma. <...> Teisė yra pirminė norma, nustatanti sankciją."[5]

Tai tik keletas iš daugybės iš pirmo žvilgsnio keistų ir paradoksalių teiginių ir neiginių apie teisės esmę. Atrodo, kad kai kuriuos iš jų lengva paneigti, nes jie prieštarauja tvirčiausiai įsišaknijusiems įsitikinimams. Mums kyla pagunda atsakyti: „Žinoma, įstatymai *yra* teisė, bent jau viena iš jos atmainų, net jeigu yra ir kitų"; „žinoma, teisė negali būti tik tai, ką daro pareigūnai arba darys teismai, nes tam, kad atsirastų pareigūnas arba teismas, taip pat reikalinga teisė".

Vis dėlto šių paradoksalių posakių autoriai – ne pranašautojai ar filosofai, kurių profesinis bruožas yra abejoti pačiais aiškiausiais sveiko proto postulatais. Šie posakiai – žmonių, kurie buvo visų pirma teisininkai ir, būdami profesionalai, arba dėstė teisę, arba vertėsi teisine praktika, o kartais jau kaip teisėjai teisę taikė, ilgų teisės apmąstymų rezultatas. Be to, tai, ką jie sakė apie teisę, tuo metu ir toje

[1] Llewellyn, *The Bramble Bush* (2nd edition, 1951), p. 9.

[2] O. W. Holmes, „The Path of the Law" in *Collected Papers* (1920), p. 173.

[3] J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1902), p. 276.

[4] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Lecture VI (1954 edition), p. 259.

[5] Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949), p. 61.

vietoje pagilindavo mūsų supratimą apie ją. Juk, žinant šių teiginių kontekstą, jie tampa *kartu ir* aiškūs, *ir* painūs; tai greičiau ne sausi apibrėžimai, o kai kurių nepelnytai ignoruotų tiesų apie teisę didingas hiperbolizavimas. Jie yra toji šviesa, kuri priverčia mus įžvelgti teisėje daug ką iš to, kas yra paslėpta, tačiau ši šviesa yra tokia ryški, kad mus visiškai apakina, ir mes taip ir liekame aiškiai nesuvokę visumos.

Greta šio nesiliaujančio knygose plėtojamo teorinio ginčo, mes susiduriame su keistu priešingu reiškiniu: dauguma žmonių paprašyti sugeba lengvai ir užtikrintai vardyti teisės pavyzdžius. Retas anglas nežino, kad yra įstatymas, draudžiantis žudyti, arba reikalaujantis mokėti pajamų mokestį, arba smulkiai apibūdinantis, ką reikia daryti, kad sudarytasis testamentas galiotų. Iš tikrųjų kiekvienas, išskyrus vaiką arba užsienietį, pirmą kartą susidūręs su angliško žodžiu „teisė"*, lengvai galėtų paminėti daugiau tokių pavyzdžių, o daugelis žmonių galėtų padaryti dar daugiau. Jie galėtų bent jau bendrais bruožais papasakoti, kaip sužinoti, ar tam tikri dalykai Anglijoje yra teisė; jie žino, kad yra specialistų, su kuriais galima konsultuotis, taip pat teismai, kurie visais šiais atvejais turi galutinį ir sprendžiamąjį balsą. Paprastai jie žino dar daugiau. Dauguma išsimokslinusių žmonių suvokia, kad Anglijos įstatymai sudaro tam tikrą sistemą ir kad Prancūzijoje ar Jungtinėse Valstijose, ar Sovietų Rusijoje – faktiškai beveik kiekvienoje atskira „šalimi"

* Anglų kalbos žodis *law* reiškia ir *teisę*, ir *įstatymą;* beje, *law* neretai žymi ne tik parlamento išleistą aukščiausiosios teisinės galios aktą, kurį lietuviškai vadiname įstatymu, bet ir žemesnės įstatymų leidybos institucijos išleistą norminį aktą. Įstatymą, kaip rašytinį teisės šaltinį, gali žymėti (o šioje knygoje dažniausiai ir žymi) žodis *statute* (rečiau – *act*). Tais atvejais, kai angliškas terminas *law* vartojamas daugiskaita *(laws)*, jis, atsižvelgiant į kontekstą, verčiamas arba *teisė*, arba *įstatymai*. Tačiau kai terminas *law* vartojamas vienaskaita, jis dažniausiai verčiamas *teisė*, ir tik išimtiniais atvejais, kai akivaizdu, kad kalbama ne apie teisę, o apie įstatymą, jis verčiamas *įstatymas* (žr. taip pat išnašą p. 47).

laikomoje pasaulio dalyje – yra teisinės sistemos*, kurios, nepaisant svarbių skirtumų, apskritai yra panašios savo struktūra. Iš tikrųjų švietimas būtų palikęs didžiulę spragą, jei nebūtų supažindinęs žmonių su šiais faktais, ir vargu ar laikytume tai didelės išminties požymiu, jeigu žinantieji šiuos faktus galėtų pasakyti, kokie yra svarbiausių skirtingų teisinių sistemų panašumai. Kiekvienas išpruseęs žmogus turėtų sugebėti identifikuoti šiuos svarbiausius požymius maždaug pagal tokią schemą. Jie apima: (i) normas, neleidžiančias arba draudžiančias tam tikru būdu elgtis ir nustatančias bausmę už tokį elgesį; (ii) normas, reikalaujančias, kad žmonės atlygintų kitiems tam tikrais būdais padarytą žalą; (iii) normas, detaliai reglamentuojančias, kaip turi būti sudaromi testamentai, sutartys ar kiti sandoriai, kuriais sukuriamos teisės ar nustatomos pareigos; (iv) teismus, kurie turi nustatyti, kokios yra normos ir ar jos buvo pažeistos, ir skirti bausmę arba įpareigoti sumokėti kompensaciją;

* Čia ir toliau šioje knygoje angliškas terminas *legal system* dažniausiai verčiamas ne *teisės sistema,* bet *teisinė sistema.* Šitaip ne tiek atsiribojama nuo lietuviškoje teisės literatūroje įprasto perdėm etatistinio teisės ir visos teisinės sistemos interpretavimo, kuris, beje, nėra labai būdingas ir pačiam Hartui, bet veikiau akcentuojama galimybė teisės sistemos sąvoką vartoti (kai tai reikalinga) jos tikrąja, etimologijos sąlygotąja prasme. Šiuo požiūriu teisės sistema – tai teisinės sistemos, kaip visų teisinių reiškinių visumos, sudedamoji dalis. Taigi teisinė sistema – tai ne „formalios" teisės, kaip normų (taisyklių) ir su jomis organiškai susijusių idealios tikrovės elementų (pavyzdžiui, precedentų, principų ir t.t.), lygio kategorija, bet realaus teisinių reiškinių būvio kategorija, apimanti ir tokius elementus, kaip teisinės institucijos (įstaigos), teisininko profesija, teisės reguliuojami realūs konkrečių subjektų santykiai ir kt. Deja, lietuviškojoje teisės literatūroje terminas *teisės sistema* paprastai vartojamas ir tada, kai kalbama apie teisės, traktuojamos kaip normų visuma, sistemą, ir tada, kai kalbama apie teisės normas platesniame „parateisiniame" (socialiniame, politiniame, kultūriniame, istoriniame ar netgi geopolitiniame) kontekste. Tačiau tada, kai autorius vartoja terminą *system of law,* jis nedvejojant verčiamas *teisės sistema*..

(v) įstatymų leidybos institucją*, kuri turi kurti naujas normas, taip pat naikinti senąsias.

* Hartas vartoja anglų kalboje įprastą *legislatūros* terminą *(legislature).* Šiuo terminu paprastai žymimos įvairios įstatymų leidžiamosios (arba legislatyvinės) valdžios institucijos – ir aukščiausiosios (kurios paprastai vadinamos tiesiog parlamentais), ir valstybės sudedamųjų dalių (valstijų, provincijų, žemių, departamentų, kantonų, rajonų, prefektūrų ir pan.) institucijos, atliekančios analogiškas funkcijas (legislatūros siauresniąja šio termino prasme). Pažymėtina, jog *legislatūros* terminas pats savaime nereiškia, kad atitinkama institucija yra suvereniteto turėtoja ar reiškėja, todėl teisinga būtų šiuo žodžiu žymėti ir tokias institucijas, kurios yra aukščiausiosios legislatyvinės valdžios turėtojos federacinių valstybių sudedamosiose dalyse (pavyzdžiui, JAV valstijų kongresai arba Vokietijos žemių landtagai), ir tokias, kurios yra veikiau ne valstybinės valdžios įstaigos, bet aukščiausiosios savivaldos institucijos tam tikruose teritoriniuose dariniuose; tokių institucijų analogas Lietuvoje šiuo metu yra savivaldybių tarybos. Taigi legislatūros terminas gali būti vartojamas ir siaurąja, ir plačiąja prasme. Todėl į lietuvių kalbą terminas *legislature* galėtų būti verčiamas dvejopai: arba *legislatūra* (dažniausiai tada, kai autorius nenori specialiai išskirti parlamento kaip aukščiausiosios įstatymų leidžiamosios valdžios institucijos), arba *įstatymų leidybos institucija* (ypač tada, kai autorius kalba kaip tik apie *aukščiausiąją* įstatymų leidybos instituciją). Analogiškai (diferencijuotai – *legislatūra* arba *įstatymų leidybos institucija)* galėtų būti verčiamas ir rečiau šioje knygoje vartojamas terminas *legislative body.* Tačiau *legislatūros* terminas, deja, apskritai nėra prigijęs lietuviškoje teisės terminijoje. Todėl, mūsų manymu, vienintelis priimtinas kelias yra vartoti vieną sąvoką – *įstatymų leidybos institucija,* nors lietuvių kalbos žodis *įstatymas* reiškia būtent parlamento (bet ne žemesnės kompetencijos valstybės institucijos) išleistą aktą, todėl vargu ar galima kalbėti apie „vietinę" įstatymų leidybos instituciją, neiškreipiant žodžio *įstatymas* tikrosios prasmės. Lygiai taip pat sudėtinga adekvačiai išversti terminą *legislator;* jo pažodinė reikšmė yra *įstatymų leidėjas,* bet vertime įstatymų leidėjo sąvoka vartojama plačiąja prasme, ir įvairių „vietinių" legislatūrų atveju; tas pat pasakytina ir apie terminą *legislation,* plačiausiąja prasme reiškiantį *bet kokią* legislatyvinę veiklą, kuri, laikantis susiklosčiusios vartosenos, verčiama tiesiog *įstatymų leidyba.* Ir tik būdvardis *legislative,* ypač kai turima galvoje *legislatyvinė valdžia* arba tam tikros institucijos *legislatyvinės galios,* verčiamas ne tik *įstatymų leidybos,* bet ir *legislatyvinis,* šiuos žodžius vartojant kaip sinonimus (kadangi bent šia būdvardine forma jis yra – nors ir ne itin plačiai – prigijęs lietuviškoje teisės terminijoje). (Čia būtų nepriimtinas iš pirmo žvilgsnio, atrodo, kompromisinis variantas – vadinti šią instituciją *teisės kūrimo institucija* arba *teisės normų kūrimo institucija,* nes toli gražu ne visos teisės teorijos sutiktų su prielaida, kad teisę kuria *tik* ši institucija arba kad teisė yra *tik* normos; tiesą sakant, bet kurios teisinės sistemos funkcionavimo praktika

Bet jeigu šiuos dalykus visi žino, kodėl vis dar klausiama „Kas yra teisė?“ ir kodėl į šį klausimą taip įvairiai ir keistai atsakoma? Ar taip yra dėl to, kad, greta aiškių tipiškų atvejų, kuriuos lemia šiuolaikinių valstybių teisinės sistemos (kad jos yra teisinės sistemos, niekas nė nemano abejoti), yra ir abejotinų atvejų, dėl kurių „teisinio pobūdžio“ nėra tikri ne tik eiliniai išsimokslinę žmonės, bet ir patys teisininkai? Žinomiausieji iš tokių abejotinų atvejų – primityvioji teisė ir tarptautinė teisė; reikia pasakyti, jog daug kas tiki, kad pakanka argumentų, nors ir ne absoliučių, leidžiančių neigti šiuo metu įprasto žodžio „teisė“ vartojimo tokiais atvejais pagrįstumą. Tokie abejotini ar ginčytini atvejai tikrai skatina užsitęsusį ir tam tikru požiūriu bergždžią ginčą, bet, žinoma jie negali būti keblumų, susijusių su bendrąją teisės esme ir išreiškiamų primygtiniu klausimu „Kas yra teisė?“, priežastis. Kad šie atvejai negali būti sunkumų priežastis, atrodo, yra aišku dėl dviejų dalykų.

Pirma, visai suprantama, kodėl šiais atvejais kyla abejonių. Tarptautinei teisei trūksta įstatymų leidybos institucijos, valstybės negali būti patrauktos į tarptautinius teismus be jų išankstinio sutikimo, centralizuotos ir efektyvios sankcijų sistemos irgi nėra. Tam tikroms primityviosios teisės atmainoms, taip pat ir toms, iš kurių pamažu išsirutuliojo kai kurios šiuolaikinės teisinės sistemos, šių dalykų taip pat trūksta, todėl savaime suprantama, kad kaip tik dėl šio jų nukrypimo nuo tipiško atvejo jų priskyrimas teisei tampa abejotinas. Čia nėra nieko neaiškaus.

Antra, tai, kad mes esame priversti skirti aiškius tipiškus atvejus ir ginčytinus ribinius atvejus, nėra tik tokių su-

lengvai abi šias prezumpcijas paneigia.) Žinoma, toks lietuviško termino pasirinkimas nėra be priekaištų – nuolaidžiavimas *toli gražu nevisiškai susiformavusios* lietuviškosios teisės terminijos tradicijoms, aišku, palengvina skaitymą, bet gali būti, kad kartu dar labiau įtvirtina, mūsų požiūriu, abejotiną tradiciją.

dėtingų terminų, kaip „teisė“ ir „teisinė sistema“, savitumas. Dabar jau žinoma (nors kadaise tam buvo teikiama per maža reikšmės), kad šį skirtumą būtina įžvelgti beveik visada, kai susiduriame su bendrais terminais, vartojamais klasifikuojant žmonių gyvenimo ir pasaulio, kuriame gyvename, bruožus. Kartais skirtumas tarp aiškaus, tipiško atvejo arba posakio vartojimo paradigmos ir abejotino atvejo yra tik masto klausimas. Vyras su šviečiančiu glotniu viršugalviu, aišku, yra plikas; kitas vyras su vešlia ševeliūra, žinoma, toks nėra; bet ar trečiasis vyras, turintis vienur kitur kuokštą plaukų, yra plikas, galėtume ginčytis be galo, jei tik šis klausimas mums atrodytų to vertas ar turintis bent kokią praktinę reikšmę.

Kartais nukrypimas nuo tipiško atvejo nėra tik masto klausimas, bet atsiranda tada, kai tipiškas atvejis faktiškai yra paprastai tarpusavyje susijusių, bet skirtingų elementų kompleksas, o ginčytinais atvejais vieno arba daugiau iš šių elementų gali trūkti. Ar orlaivis yra „laivas“? Ar tai vis dar bus „šachmatai“, jeigu žaidžiama be valdovės? Tokie klausimai gali būti pamokantys, nes verčia mus apgalvoti savąją tipiško atvejo sudėties sampratą ir aiškiai ją apibrėžti; tačiau visiškai aišku, kad ilgi ginčai dėl teisės kyla ne dėl reiškinių vadinamojo ribinio aspekto, nes tai yra pernelyg bendras dalykas. Be to, tik palyginti nedaugeliui teisės teorijų, ir ne pačioms reikšmingiausioms iš labiausiai žinomų ir polemiškiausių, rūpi, ar tinka vartoti terminus „primityvioji teisė“ arba „tarptautinė teisė“ apibūdinti tiems atvejams, kuriems jie paprastai taikomi.

Turint galvoje bendrą žmonių sugebėjimą atpažinti ir pateikti teisės pavyzdžius, taip pat tai, kiek daug apskritai yra žinoma apie teisinių sistemų tipiškus atvejus, gali atrodyti, kad atkaklų klausinėjimą „Kas yra teisė?“ galima būtų nesunkiai nutraukti, tiesiog nuosekliai primenant žinomus dalykus. Kodėl mums tiesiog nepakartojus ryškiausių muni-

cipalinės teisės* požymių sistemos, kurią – galbūt apimti optimizmo – mes įdėjome (p. 46–47) į išprususio žmogaus lūpas? Tada mes galėtume tiesiai pasakyti: „Štai tipiškas terminais „teisė“ ir „teisinė sistema“ žymimas atvejis; atminkite, kad, greta šių tipiškų atvejų, socialiniame gyvenime aptinkama ir tokių darinių, kurie turi kai kuriuos iš šių ryškių požymių, bet stokoja kitų. Tai ginčytini atvejai; čia negali būti jokio galutinio argumento už ar prieš jų traktavimą kaip teisės“.

Toks šio klausimo sprendimo būdas būtų priimtinas dėl trumpumo. Bet jis neturėtų jokių kitų pranašumų. Visų pirma aišku, kad tie, kuriuos labiausiai trikdo klausimas „Kas yra teisė?“, nėra pamiršę tų žinomų faktų, kuriuos pateikia šis schematiškas atsakymas; jiems nereikia jų priminti. Neaiškumai, dėl kurių šis klausimas vis dar užduodamas, kyla ne dėl nežinojimo, ne dėl užmaršumo ir ne dėl nesugebėjimo atpažinti reiškinius, žymimus žodžiu „teisė“. Be to, apmąstę terminus, vartojamus schematiškai apibūdinti teisinei sistemai, įsitikinsime, jog ši schema parodo tik tai, kad tipišku, normaliu atveju įvairių rūšių teisė yra panaši, ir nieko daugiau. Taip yra dėl to, kad ir teismas, ir įstatymų leidybos institucija, kurie šioje glaustoje schemoje yra tipiškos teisinės sistemos tipiški elementai, patys yra teisės sukurti. Tik tada, kai yra tam tikra teisė, suteikianti žmonėms jurisdikciją nagrinėti bylas ar kompetenciją leisti įstatymus, šie žmonės tampa teismu arba įstatymų leidybos institucija.

Todėl šis trumpas klausimo sprendimo būdas yra bevertis – jis tik primena klausėjui, kokie yra nerašyti susitari-

* *Municipalinės teisės* (*municipal law*) terminas lietuviškoje literatūroje paprastai vartojamas vietos savivaldos institucijų veiklos ir kompetencijos kontekste. Tačiau autentiškoji šio termino prasmė *gali būti* platesnė: jis vartojamas *ir* tuomet, kai reikia akcentuoti teisinės sistemos savavaldį (autonomišką) pobūdį. Hartas jį vartoja kaip *nacionalinės* (arba municipalinės) teisės sinonimą, terminui *municipal* teikdamas pirmenybę prieš keletą kitų – *domestic, national, internal* ir kt.

mai, nustatantys žodžių „teisė“ ir „teisinė sistema“ vartoseną, bet neduoda nieko daugiau. Atvirai sakant, būtų geriausia kol kas niekaip neatsakyti į klausimą „Kas yra teisė?“, kol išsiaiškinsime, kas iš tikrųjų teisėje neaišku tiems, kurie šį klausimą kelia arba bando į jį atsakyti, net jeigu nėra jokių abejonių, kad jie išmano teisę ir gali atpažinti jos pavyzdžius. Ką dar jie nori žinoti ir kodėl jie nori tai sužinoti? Į šį klausimą lyg ir galima atsakyti bendrais bruožais. Juk yra tam tikros pasikartojančios svarbiausios temos, kurių plotmėje nuolat rutuliojasi ginčai dėl teisės esmės ir kurios provokuoja hiperbolizuotus ir paradoksalius teiginius apie teisę, tokius, kaip jau mūsų cituotieji. Samprotavimų apie teisės esmę istorija ilga ir sudėtinga; tačiau, žvelgiant retrospektyviai, aiškiai matyti, kad šie samprotavimai beveik visada sukasi apie kelias pagrindines problemas. Šios problemos nebuvo pasirinktos be pagrindo arba išgalvotos akademinės diskusijos dalyvių malonumui; jos susijusios su tais teisės aspektais, dėl kurių paprastai visais laikais kyla nesutarimų, todėl netgi mąstančių ir gerai išmanančių bei įvaldžiusių teisę žmonių galvose gali egzistuoti ir šių problemų sukelta painiava, ir logiškas siekimas jas geriau išsiaiškinti.

2. Trys nuolat kartojami klausimai

Čia mes išskirsime tris nuolat kartojamus pagrindinius klausimus, o vėliau parodysime, kodėl jie visi drauge suponuoja reikalavimą suformuluoti teisės *apibrėžimą,* t.y. atsakyti į klausimą „Kas yra teisė?“ arba į migločiau formuluojamus klausimus, tokius kaip „Kokia yra teisės prigimtis (arba esmė)?“

Du iš šių klausimų iškyla tokiu būdu. Visur ir visada ryškiausias teisės bendras bruožas yra toks: jos buvimas reiš-

kia, kad tam tikros žmonių elgesio rūšys yra jau nebe laisvo pasirinkimo dalykas, bet *tam tikra* prasme privalomos. Tačiau ši iš pažiūros paprasta teisės savybė iš tikrųjų nėra paprasta; juk galima skirti įvairias laisvai nepasirenkamo, privalomo elgesio formas. Pirmasis ir paprasčiausias laisvai nebepasirenkamo elgesio atvejis – kai vienas žmogus yra priverstas daryti tai, ką jam liepia kitas, – ne todėl, kad jis būtų verčiamas fiziškai, t.y. jo kūnas būtų stumdomas arba tampomas, bet todėl, kad tas antrasis grasina jam nemaloniomis pasekmėmis, jeigu jis atsisakytų. Plėšikas įsako aukai atiduoti jam savo piniginę, grasindamas šauti, jeigu auka atsisakytų tai padaryti; o jeigu auka paklūsta, tą būdą, kuriuo ji buvo priversta tai padaryti, mes apibūdiname sakydami, kad auka *privalėjo* tai padaryti. Kai kam atrodė akivaizdu, kad tokioje situacijoje, kai vienas asmuo grasindamas įsako kitam ir šia žodžio „įpareigoti" prasme įpareigoja jį paklusti, ir glūdi teisės esmė arba bent jau „jurisprudencijos mokslo raktas"[6]. Tai yra Austino analizės, padariusios tokią didžiulę įtaką Anglijos jurisprudencijai, išeities taškas.

Žinoma, nėra jokios abejonės, kad ir šis aspektas greta kitų dažnai yra būdingas teisinei sistemai. Baudžiamasis įstatymas, skelbiantis tam tikrą elgesį nusikaltimu ir nustatantis nusikaltėliui skirtiną bausmę, primena minėtąjį plėšiką, tačiau pakylėtą į rašytinio įsakymo lygį; vienintelis palyginti nežymus skirtumas yra tas, kad įstatymų atveju įsakymai dažniausiai būna adresuojami grupei, kuri paprastai tokiems įsakymams paklūsta. Bet kad ir koks patrauklus atrodytų šis sudėtingo reiškinio – teisės – redukavimas į tokį paprastą elementą, jį atidžiai išnagrinėję pamatysime, jog taip tikrasis vaizdas tik iškraipomas, o neaiškumų kyla net ir tuo atveju, kai kalbama apie baudžiamąjį įstatymą, t.y. tada, kai

[6] Austin, op. cit., Lecture I, p. 13. Jis įterpia: „ir etikos".

tokia supaprastinta analizė, atrodo, turėtų labiausiai įtikinti. Kuo tada teisė ir teisinė prievolė skiriasi nuo grasinimais paremtų įsakymų ir kuo yra su jais susijusios? Tai yra pirmasis svarbus klausimas, visuomet slypintis klausime „Kas yra teisė?"

Antrasis tokio pobūdžio klausimas kyla dėl to, kad elgesys gali būti ne laisvai pasirenkamas, bet privalomas ir kita prasme. Moralės normos sukuria pareigas ir tam tikras elgesio sritis atriboja nuo asmens laisvo pasirinkimo elgtis kaip tinkamam. Teisinė sistema neabejotinai apima elementus, artimai susijusius su tokiais paprastais atvejais, kaip grasinimais paremti įsakymai, bet lygiai taip pat neabejotinai jai būdingi ir elementai, glaudžiai susiję su tam tikrais moralės aspektais. Ir vienu, ir kitu atveju sunku tiksliai nustatyti sąsają; bet lygiai taip pat sunku atsispirti pagundai neabejotinai glaudų ryšį interpretuoti kaip tapatumą. Teisei ir moralei būdingas tas pats žodynas – yra ir teisinės, ir moralinės prievolės, pareigos* ir teisės; be to, visos nacio-

* *Prievolė* ir *pareiga* yra anglų k. žodžių *obligation* ir *duty* atitikmenys. Siekiant nenukrypti nuo autoriaus terminijos, kai kur verčiant ignoruojama įprastinė lietuviškoji šių terminų vartosena; antai skyriuje apie tarptautinę teisę (kurioje labiau prigijęs *pareigos* terminas) dažniau kalbama apie *prievoles*. Reikalas tas, kad anglų kalbos žodis *obligation* iš esmės (išskyrus kai kurias retas išimtis) apima *duty* reikšmę (tačiau jų etimologija skirtinga, žr. išnašą p. 172, taip pat Harto pastabą V skyriui ir išnašą p. 442); tuo tarpu lietuviškojoje teisės literatūroje *prievolės* terminas dažniau vartojamas civilinės (ir apskritai privatinės) teisės kontekste, o *pareigos* – konstitucinės, administracinės ir baudžiamosios (t.y. viešosios) teisės kontekste. Tačiau tai veikiau yra „lingvistinės konvencijos" dalykas, o ne dviejų reiškinių esminis skirtumas, nes kalbama faktiškai apie vieną reiškinį – apie tai, ką tam tikram teisės subjektui reikia atlikti. Iš anksto aptarus nukrypimo nuo tokios konvencijos galimybę, formuločių prasmė neturėtų pakisti. *Prievolės* ir *pareigos* sąvokos, kaip kalbos figūros, lietuvių kalboje pačios savaime tikriausiai nėra problemiškos; dėl jų vartojimo praktikoje iš esmės nekyla neaiškumų. Deja, pastaruoju metu lietuviškojoje teisės literatūroje kartais bandoma reviduoti *prievolės* ir *pareigos* sąvokų vartoseną – remiantis ne logikos ir ne teisinės praktikos, bet veikiau „naujosios" politinės ideologijos padiktuotais motyvais (nors šiaip jau bandymas atkreipti dėmesį į teisės terminijos problemas yra sveikin-

nalinės teisinės sistemos atkartoja tam tikrų fundamentalių moralinių reikalavimų esmę. Nužudymas ir savavališkas smurto vartojimas – tai tik patys akivaizdžiausi pavyzdžiai, liudijantys, kad teisiniai ir moraliniai draudimai gali sutap-

tinas). „Pirmiausia šios sąvokos skiriasi laiko atžvilgiu - prievolė yra istoriškai ankstesnė už pareigą, - rašo Alfonsas Vaišvila. – Ji atsirado iš asmens juridinės priklausomybės valstybei ar privačiam asmeniui (vergovė, baudžiava) ir toliau – iš prievartos, kuri tampa galima disponuojant asmeniu kaip privačios nuosavybės objektu. Antras skirtumas – prievolė – tai tas, kas atliekama pirmiausia ne atlikėjo interesais. Trečia – tai veiksmai, kuriuos individas privalo atlikti, bet kurių būtinybė yra atsiradusi be paties atlikėjo laisvos valios ir kurie yra skiriami ne jo subjektinėms teisėms įgyvendinti. Tai grynos prievartos individo atžvilgiu padarinys. Atlikdamas tokią prievolę, individas nesusikuria sau naujų teisių <...> ir tuo nepadidina savo išsilaisvinimo" (A. Vaišvila. „Naujai teisės sampratai – naują terminiją" // *Teisės problemos,* 1996, Nr. 2, p. 24). Visi trys minėtieji tariami skirtumai yra akivaizdžiai klaidingi. Pirma, prievolė nėra „senesnė" už pareigą – bent jeigu laikysimės koncepcijos, kad ir valstybė, ir teisė neatsirado akimirksniu nežinia iš kur kaip socialinės nelygybės ir prievartos įrankiai, o drauge su visa žmonija yra ilgo istorinio vystymosi rezultatas, nulemtas *inter alia* tų veiksnių, kuriuos Hartas šios knygos IX skyriuje formuluoja kaip truizmus, sudarančius „minimalų prigimtinės teisės turinį" (žr. p. 314–322). Antra, teigti, kad prievolė atliekama „ne atlikėjo interesais", tolygu ignoruoti daugelio rimtų teisės sociologų postuluojamą aksiomą, jog savanoriškas teisės realizavimas socialiniu požiūriu yra „duoti–imti" tipo santykis (arba jų visuma), taigi prievolių realizavimas apskritai yra žingsnis didesnės socialinės harmonijos ir stabilumo, kuris, tikėkimės, *yra* visų racionalių individų interesas, linkme. Trečia, klaidinga manyti, kad prievolės atsiranda be atlikėjo laisvos valios ar netgi prieš ją: jokia visuomenė nėra tik jėgos ir prievartos santykių sistema; daugelis vadinamųjų *prievolinių* santykių – tai civiliniai, komerciniai ir panašūs santykiai, dažniausiai netgi *negalintys* atsirasti be laisvos būsimojo prievolės atlikėjo valios (pirkimas–pardavimas, mainai ir kt.). Todėl vargu ar yra rimtas pagrindas *prievolės* sąvoką siūlyti pakeisti *pareigos* sąvoka, nes „pareigos" esą „išplaukia ne iš valstybės, <...> o iš paties individo laisvo <...> įsipareigojimo, skirto <...> savo bendrajai laisvei didinti" (*ibid.,* p. 25). Tokia „verbalinio liberalizmo" šišo padiktuota iniciatyva ne tik apverstų aukštyn kojom visą mūsų teisinę kalbą, bet ir akademiniu lingvistiniu požiūriu būtų nevaisingas dalykas. „Skeptiškai reikėtų vertinti bandymus <...> lingvistinę semantiką grįsti sąvokų logika. Šio pobūdžio bandymai, be kita ko, atsiduria užburtame rate: konceptualioji logika grindžiama kalba <...>; konceptualioji logika visada yra kitaip perrengta kalba, ir nieko nekeičia tai, kad ji savaip transformuota ar padaryta tikslesnė" (L. Hjelmslev. *Kalba. Įvadas.* – Vilnius: Baltos lankos,

ti. Maža to, atrodo, kad abi šias sritis jungia viena – teisingumo – idėja: tai kartu ir vertybė, specialiai susijusi su teise, ir labiausiai teisinė iš visų vertybių. Mes galvojame ir kalbame apie „teisingumą *pagal* įstatymą“, bet kartu – ir apie *įstatymų* teisingumą arba neteisingumą.

Šios aplinkybės skatina manyti, jog teisę geriausia interpretuoti kaip moralės ar teisingumo „atmainą“, o jos „esmę“ sudaro ne tai, kad ji apima įsakymus ir grasinimus, bet tai, kad teisė atitinka moralės ir teisingumo principus. Ši doktrina būdinga ne tik scholastinėms prigimtinės teisės teorijoms, bet ir tam tikrai šiuolaikinei teisės teorijai, kritiškai vertinančiai iš Austino paveldėtą teisinį „pozityvizmą“. Bet, atrodo, ir teorijos, šitaip glaudžiai suartinančios teisę ir moralę, dažnai painioja vieną privalomo elgesio rūšį su kita ir galiausiai nepalieka vietos nei rūšiniams pačių teisės ir moralės normų skirtumams, nei jų reikalavimų skirtingumams. Nors mes galime konstatuoti jų panašumą ir net suartėjimą, šie skirtumai yra ne mažiau svarbūs. Todėl tvirtinimas, kad „neteisingas įstatymas nėra teisė“[7], yra toks pat perdėtas ir paradoksalus, o gal net klaidingas, kaip ir teiginiai, jog „įstatymai nėra teisė“ arba „konstitucinė teisė nėra teisė“. Toks tad yra šis blaškymasis tarp dviejų kraštutinumų, sudarantis teisės teorijos raidą, – tie, kurie mano, jog teisė ir moralė klaidingai laikomos pernelyg panašiomis dėl to, kad ir teisė, ir moralė vartoja tą patį žodyną – kalba apie teises ir pareigas, yra linkę prieš šią pažiūrą protestuoti taip pat perdėtai ir paradoksaliai. „Pranašavimai, kaip iš

1995. – P. 142). Aišku, tokia „terminų revoliucija“ ir negali įvykti – visuomenė nėra tokia neracionali, kad užsiimtų jai pačiai atvirai žalingais ir akivaizdžiai bergždžiais dalykais; tačiau pati tendencija jaukti mokslą yra pavojinga.

[7] „*Non videtur esse lex quae justa non fuerit*“: St. Augustine I, *De Libero Arbitrio*, 5; Aquinas, *Summa Theologica*, Qu. xcv, Arts. 2, 4.

tikrųjų pasielgs teismai, bet jokiu būdu ne kas nors kita, ir yra tai, ką aš vadinu teise."[8]

Trečioji svarbi amžina problema, verčianti mus klausti „Kas yra teisė?", yra bendresnio pobūdžio. Iš pirmo žvilgsnio gali atrodyti, jog tai, kad teisinę sistemą bendriausia prasme visuomet sudaro *normos*, vargu ar gali kelti kokių nors abejonių ar būti sunkiai suprantama. Ir tie, kuriems teisės sampratos raktas yra grasinimais paremtų įsakymų kategorija, ir tie, kurie teisės sampratos išeities tašku laiko teisės ryšį su morale bei teisingumu, sutinka, kad teisė apima normas, o gal net ir susideda daugiausia iš jų. Tačiau daugelis su teisės esmės samprata susijusių keblumų kyla kaip tik dėl nepasitenkinimo šia iš pažiūros neproblemiška formuluote, dėl jos nepatikimumo ir keliamos painiavos. Kas *yra* normos? Ką reiškia pasakymas, kad norma *egzistuoja?* Ar teismai iš tikrųjų taiko normas, ar tik apsimeta tai darą? Vienąkart suabejojus šia formuluote (o tai ypač būdinga šio šimtmečio jurisprudencijai), išryškėja didžiuliai nuomonių skirtumai. Mes juos čia tik trumpai apibūdinsime.

Žinoma, iš tiesų yra daug įvairių normų rūšių – ne tik ta akivaizdžia prasme, kad, greta teisės normų, esama etiketo ir kalbos taisyklių, žaidimų ir klubų taisyklių, bet ir ta mažiau akivaizdžia prasme, kad netgi kiekvienoje iš šių sričių tai, ką mes vadiname normomis, gali atsirasti skirtingais būdais, o jų ryšys su elgesiu, su kuriuo jos yra siejamos, gali būti nevienodas. Antai netgi teisės srityje kai kurios normos yra sukuriamos leidžiant įstatymus, kitos nėra sukuriamos tokiais iš anksto apgalvotais veiksmais. Dar svarbiau yra tai, jog kai kurios normos yra privalomos ta prasme, kad jos reikalauja, jog žmonės elgtųsi tam tikru būdu, pavyzdžiui, nevartotų smurto arba mokėtų mokesčius, nesvarbu, ar jie to nori, ar ne; tuo tarpu kitos normos, kaip

[8] Holmes, loc. cit.

antai tos, kurios nustato santuokos, testamento ar sutarčių sudarymo procesą, formalumus ir sąlygas, nurodo, ką žmonės turėtų daryti, kad jų norai pradėtų pildytis. Šios dvi normų rūšys skiriasi taip pat, kaip tos žaidimo taisyklės, kurios draudžia tam tikrą elgesį (nesąžiningai žaisti ar įžeidinėti teisėją) ir nustato baudas už jį, ir tos, kurios nustato, kas turi būti daroma norint pelnyti taškus arba laimėti. Bet jeigu mes akimirksnį ignoruotume šią įvairovę ir sutelktume dėmesį tik į pirmąją normų rūšį (būdingą baudžiamajai teisei), tai pamatytume, jog teiginio, kad yra tokių paprastų privalomų normų rūšis, prasmę labai skirtingai interpretuoja netgi šiuolaikiniai autoriai. Kai kam ši tezė atrodo visiškai nesuprantama.

Iš pradžių kyla tikriausiai savaime suprantama pagunda pritarti paprastai privalomos normos idėjai, bet šio požiūrio netrukus tenka atsisakyti. Tokio požiūrio, jog pasakymas, kad norma egzistuoja, reiškia tik tai, kad grupė žmonių ar jų dauguma tam tikromis aplinkybėmis „kaip taisyklė", t.y. *paprastai,* elgiasi tam tikru panašiu būdu. Taigi, šiuo požiūriu, pasakymas, jog Anglijoje yra norma, kad bažnyčioje vyriškis neturi būti su kepure arba kad reikia atsistoti, kai grojama „Dieve, saugok Karalienę"*, reiškia tik tai, kad dauguma žmonių paprastai elgiasi kaip tik taip. Nors tuo ir pasakoma dalis to, kas turima galvoje, vis dėlto šito tiesiog nepakanka. Socialinės grupės narių elgesys gali tiesiog būti vienodas (visi gali reguliariai per pusryčius gerti arbatą arba kiekvieną savaitę vaikščioti į kiną), ir vis dėlto gali nebūti normos, kuri *reikalautų* tai daryti. Skirtumą tarp šių dviejų socialinių situacijų – tos, kai elgesys yra tiesiog vienodas, ir tos, kai galioja socialinė norma, – dažnai atskleidžia kalba. Apibūdindami antrąją situaciją, galime vartoti, nors tai ir nėra būtina, tam tikrus žodžius, ku-

* *„God Save the Queen"* – Anglijos himnas.

riuos bandydami pritaikyti pirmajai situacijai tik sukeltume painiavą. Tai žodžiai „privalo“, „turi“ ir „reikia“; nepaisant jų skirtingumo, jie atlieka tas pačias funkcijas parodydami, kad yra norma, reikalaujanti tam tikro elgesio. Nors tai, kad kiekvieną savaitę reguliariai vaikščiojama į kiną, yra tiesa, bet netiesa, kad kiekvienas žmogus privalo arba turi, arba jam reikia kiekvieną savaitę vaikščioti į kiną; tokios normos Anglijoje nėra. Tačiau *yra* norma, kad bažnyčioje vyriškis privalo nusiimti kepurę.

Tad kuo įprastas vienodas socialinės grupės elgesys iš esmės skiriasi nuo normos, kurią esant dažniausiai liudija žodžiai „privalo“, „turi“ arba „reikia“? Štai čia teisės teoretikų nuomonės išsiskiria, ypač šiuo metu, kai šis klausimas dėl keleto priežasčių tapo itin svarbus. Apie teisės normas dažnai manoma, jog jų pagrindinis skiriamasis bruožas (elementas, išreiškiamas žodžiais „privalo“ arba „reikia“) yra tai, kad nukrypimai nuo tam tikrų elgesio variantų tikriausiai sulauks priešiškos reakcijos, o už nukrypimus nuo teisės normų pareigūnai skirs bausmę. Jeigu nukrypstama nuo to, ką galime pavadinti tiesiog grupiniais įpročiais (pavyzdžiui, kassavaitinis vaikščiojimas į kiną), už tai nėra baudžiama, tai netgi nėra smerkiama; tačiau jeigu tam tikro elgesio reikalauja normos, nuo jų nukrypus panašių pasekmų galima tikėtis – net jeigu tai nėra teisės normos, kaip, pavyzdžiui, reikalavimas, kad vyrai bažnyčioje nusiimtų kepures. Jeigu tai yra teisės normos, tai šias pasekmes galima numatyti, jos yra apibrėžtos ir oficialiai organizuotos; tuo tarpu kai nukrypstama nuo ne-teisės normų, nors panašios priešiškos reakcijos į šį nukrypimą irgi galima tikėtis, šiuo atveju pasekmių būdingas bruožas yra jų neapibrėžtumas ar neorganizuotumas.

Tai, kad bausmės nuspėjamumas yra svarbus teisės normų aspektas, yra savaime suprantama; tačiau norint suprasti, ką reiškia teiginys „socialinė norma egzistuoja“ arba

kas yra tas normoms būdingas elementas, žymimas žodžiais „privalo“ arba „reikia“, nepakanka vien tik konstatuoti šį aspektą. Šitokiam prediktyvistiniam požiūriui prieštaraujama įvairiais aspektais; tačiau ypač verta atidžiai panagrinėti vieną iš jų, apibūdinantį visą tam tikrą teisės teorijos mokyklą, gyvuojančią Skandinavijoje*. Jis yra štai koks: jeigu

* Turima omenyje vadinamoji *skandinaviškojo realizmo* mokykla. Skandinaviškojo realizmo pradininkas – švedas Axelis Hägerströmas; kiti ryškiausi atstovai – A. Vilhelmas Lunstedtas (Švedija), Karlas Olivecrona (Švedija) ir Alfas Rossas (Danija). Atmesdami ir pozityvistinę „analitinę jurisprudenciją“ (Hartas nevisiškai pritaria tradiciniam „analitinės jurisprudencijos“ apibūdinimui kaip tokios jurisprudencijos, kuri teisinę sistemą traktuoja kaip „uždarą loginę sistemą“, kurioje teisingus sprendimus iš predestinuotųjų teisės normų galima dedukuoti pasitelkus vien tik logiką; apie tai žr. Harto pastabas IX skyriui p. 459), ir prigimtinės teisės doktriną, skandinaviškojo realizmo atstovai teisę interpretuoja iš psichologijos ir biheviorizmo pozicijų. Hägerströmas teisę apibūdina kaip individų „konatyvius (t.y. valingus) impulsus“ veikti tam tikru būdu, arba pareigos jausmus, kurie nėra tiesiogiai susiję su veikiančiojo asmens vertybių sistema (šio asmens požiūriu nėra nei geri, nei blogi, nes šių veiksmų vertinimas teisės požiūriu yra antrinis dalykas), ir dėl to jų negalima vertybiškai interpretuoti. Olivecrona teisės normas laiko „niekieno neformuluojamais liepimais (imperatyvais)“, kylančiais iš per amžius susiformavusių ir visuomenės įvairiomis formomis sukauptų idėjų apie žmonių elgesį, todėl nesą principinio skirtumo tarp teisės ir moralės normų – vienintelis (ir pagrindinis) jų skirtumas yra ne šių normų turinys ar pobūdis, bet tas atsakas, kurį jos sukelia žmonių sąmonėje: teisės normos nurodo tokį elgesį, su kuriuo susijęs jėgos panaudojimas. Lunstedtas teigia, kad teisė – tai tiesiog žmonių gyvenimas organizuotomis grupėmis; ji yra tai, kas tam tikru metu tam tikroje visuomenėje laikoma žmonėms naudingu dalyku, t.y. socialinės gerovės sampratos nulemtos normos, savo ruožtu lemiančios socialinio teisingumo jausmus, kurie neturi jokio amžinojo turinio, bet patys yra bene svarbiausias tiesioginis žmonių elgesį lemiantis veiksnys. Rossas teigia, kad teisės normos yra socialinių veiksmų (socialinės tikrovės) visumos interpretavimo schema, įgalinanti suvokti jų motyvavimą ir juos prognozuoti, taigi pati teisė turi dvejopą realybę – psichologinę (nes ją akceptuoja visuomenės teisinė sąmonė) ir biheviorističnę (nes jos nuspėjamumą užtikrina normas taikančių teismų veikla), – kurią į vieną visumą sujungia teisės galiojimo idėja. Reikia pažymėti, kad skandinaviškasis realizmas beveik nieko bendra neturi su kita mokykla, irgi vadinama *realizmo* vardu, – su *amerikietiškuoju realizmu* (Johnas Chipmanas Gray'us, Oliveris Wendellas Holmesas jaunesnysis, Karlas Llewellynas, Josephas W. Binghamas, Jerome'as Frankas ir kt.), kurio metodologiniai pagrindai yra pragmatizmas ir biheviorizmas.

mes įsigilintume į teisėjo arba pareigūno, baudžiančio už nukrypimus nuo teisės normų, veiklą (arba į veiklą tų privačių asmenų, kurie priekaištauja dėl nukrypimo nuo neteisės normų arba kritikuoja už tokius nukrypimus), matytume, kad šioje veikloje normos dalyvauja tokiu būdu, kurio šis prediktyvistinis požiūris visiškai nepaaiškina. Juk teisėjui, skiriančiam bausmę, norma yra *orientyras*, o ~~nor~~mos pažeidimas – pažeidėjui skiriamos bausmės *pateisinimas* ir *pagrindas* ją skirti. Nors pašaliniam stebėtojui gali atrodyti, jog norma yra nurodymas, kad teisėjas ar kiti asmenys gali bausti už nukrypimą nuo jos, tačiau pats teisėjas į normą žvelgia kitaip. Jam normos prediktyvistinis aspektas (nors ir visiškai realus) neturi reikšmės, svarbiausia yra jos orientacinė ir pateisinamoji funkcija. Tas pat pasakytina ir apie neformalų pasmerkimą už ne-teisės normų pažeidimą. Šis pasmerkimas taip pat yra ne vien tikėtina reakcija į nukrypimą, bet kažkas, kam normos buvimas tėra orientyras ir ką jis turi pateisinti. Todėl mes ir sakome, jog žmogų smerkiame ar baudžiame *dėl to,* kad jis pažeidė normą, o ne tik jog buvo galima tikėtis, kad mes jį pasmerksime arba nubausime.

Bet kai kurie autoriai, šitaip kritikuojantys prediktyvistinį požiūrį, pripažįsta, jog kažkas čia neaišku – kažkas, kas nepasiduoda nedviprasmiškai, griežtai, faktais grindžiamai analizei. Kas dar, be sistemingos – ir dėl to nuspėjamos – bausmės arba nuo įprastų elgesio modelių nukrypstančių asmenų pasmerkimo, *gali būti* būdinga normai ir skirti ją nuo paprasto grupinio įpročio? Ar iš tikrųjų gali būti dar kažkas, be šių aiškiai nustatomų faktų, – koks nors naujas elementas, kuris yra orientyras teisėjui ir pateisina arba pagrindžia skiriamą bausmę? Nurodyti, koks iš tikrųjų yra šis naujasis elementas, sunku, todėl minėtieji prediktyvistinės teorijos kritikai šiuo klausimu atkakliai tvirtina, jog visa ši šneka apie normas ir atitinkamą tokių žodžių, kaip „priva-

lo“, „reikia“ arba „turi“, vartojimą yra labai paini ir tikriausiai išpučia žmonių akyse jų svarbą, bet neturi racionalaus pagrindo. Šie kritikai teigia, esą mes tik *manome,* jog normoje yra kažkas, kas verčia mus daryti tam tikrus dalykus, kuo mes vadovaujamės ar pateisiname tai, ką darome, ir nors ši iliuzija yra naudinga, bet vis dėlto tai iliuzija. Be šių aiškiai nustatomų grupinio elgesio faktų ir tos reakcijos, kurią turi sukelti nukrypimas nuo jo, yra tik mūsų galingas „jausmas“, jog mes esame verčiami elgtis taip, kaip reikalauja norma, ir imtis priemonių prieš tuos, kurie to nedaro. Mes nesuvokiame tikrosios šių jausmų esmės, bet įsivaizduojame, kad visuotinėje struktūroje yra kažkoks išorinis, nematomas elementas, kreipiantis ir kontroliuojantis mūsų veiklą. Mes neišsiveržiame už fikcijos ribų, – juk sakoma, kad teisė visuomet susijusi su fikcijomis. Kaip tik todėl, kad tikime šia fikcija, mes galime iškilmingai kalbėti apie „įstatymų, o ne žmonių“ valdžią. Kad ir ko būtų verti tokios kritikos pozityvūs teiginiai, ji bent jau skatina išsiaiškinti skirtumą tarp socialinių normų ir paprastų vienodų elgesio įpročių. Norint suprasti teisę, būtina suvokti šį skirtumą, todėl pirmuosiuose šios knygos skyriuose apie tai daug rašoma.

Vis dėlto skeptiškas požiūris į teisės normos pobūdį ne visada nukrypsta į tokį kraštutinumą, kai pati privalomos normos idėja atmetama kaip prieštaringa ar fiktyvi. Anglijoje ir Jungtinėse Valstijose dominuojanti skeptiško požiūrio forma greičiau ragina mus atsisakyti minties, kad teisinė sistema susideda *vien tik* iš normų arba net *visų pirma* iš normų. Be abejo, teismai savo sprendimus formuluoja tokiu būdu, jog sudarytų įspūdį, kad jų sprendimai yra iš anksto nulemti ir būtinai išplaukia iš griežtą ir aiškią prasmę turinčių normų. Gali būti, kad labai paprastose bylose taip ir yra; bet absoliučios daugumos bylų, kurias sprendžia teismai, baigtis gali būti įvairi – tai leidžia ir įstatymai, ir

precedentai, kurie, kaip manoma, įtvirtina normas. Svarbiausiose bylose visuomet yra galimybė rinktis. Teisėjas turi pasirinkti vieną iš alternatyvių prasmių, kurias jis gali suteikti įstatymo terminams, arba vieną iš konkuruojančių išaiškinimų, ką „reiškia" precedentas. Bet tai slepia tradicija, pagal kurią teisėjai ne „kuria", o „atranda" teisę, suteikdami savo sprendimams tokią išraišką, tarsi šie būtų nuoseklios išvados iš jau egzistuojančių normų, padarytos teisėjams nesikišant ir neturint galimybės rinktis. Teisės normos gali turėti negičijamos prasmės šerdį; kai kada sunku ir įsivaizduoti, kad dėl normos prasmės galėtų kilti ginčas. Aiškinant 1837 m. Testamentų akto* 9-ojo skirsnio nuostatą, kad sudarant testamentą turi dalyvauti du liudytojai, atrodo, neturėtų kilti problemų. Bet visas normas gaubia neapibrėžtumo aureolė, kai teisėjas turi rinktis vieną iš alternatyvų. Net atrodančios nekaltos Testamentų akto nuostatos, kad testatorius turi *pasirašyti* testamentą, prasmė tam tikromis aplinkybėmis gali kelti abejonių. O kas, jeigu testatorius pasirašė slapyvardžiu? Arba jo ranką vedžiojo kitas? Arba jis parašė tik savo inicialus? Arba jis parašė visą savo vardą, teisingai ir be kito asmens pagalbos, bet ne paskutiniojo puslapio apačioje, o pirmojo puslapio viršuje? Ar visi šie atvejai bus laikomi „pasirašymu" minėtosios teisės normos prasme?

Jeigu tiek daug neaiškumų gali kilti kuklioje privatinės teisės srityje, tai kur kas daugiau jų aptiktume didingose konstitucijos frazėse, tokiose kaip Jungtinių Valstijų Konstitucijos Penktoji ir Keturioliktoji pataisos, skelbiančios, kad

* Anglijos (ir apskritai Didžiosios Britanijos, taip pat kai kurių jos buvusių kolonijų) įstatymai paprastai vadinami *Acts*, t.y. *aktais;* šiame vertime paliekamas šis tradicinis pavadinimas, atsisakant kitais atvejais labiau įprasto (ir bendresnę prasmę turinčio) žodžio *įstatymas* (Hartas tokiu atveju labiau linkęs vartoti neutralų terminą *statute*, o kartais – *legislative enactment).*

be „deramo teisinio proceso“* jokiam asmeniui „negali būti atimta gyvybė, laisvė arba turtas“**. Apie šią frazę vienas autorius[9] yra pasakęs, kad jos tikroji prasmė iš tiesų yra visiškai aiški. Ji reiškia, kad „be *z* joks *w* negali būti *x* arba *y*, kur *z*, *w*, *x* ir *y* gali būti bet kokie dydžiai, priklausantys

* *Deramas (tinkamas, nustatytas) teisinis procesas (due process of law)* – sąvoka, kurią į teisės mokslo apyvartą įvedė anglų konstitucionalistas Dicey (apie jį žr. išnašą p. 202). Teisės teorija skiria bent du deramo teisinio proceso tipus – „angliškąjį“ (akcentuojantį, kad be deramo teisinio proceso asmeniui negali būti atimta gyvybė, laisvė arba turtas) ir „amerikietiškąjį“ (išplečiantį šiuos reikalavimus visai konstitucinių santykių, o vėliau ir žmogaus teisių sričiai ir sudarantį prielaidas vadinamojo *procesinio teisingumo (procedural justice)* koncepcijai).

** Jungtinių Amerikos Valstijų Konstitucijos Penktoji pataisa skelbia: „Joks asmuo už mirtimi baudžiamą ar kitokį gėdingą nusikaltimą negali būti patrauktas atsakomybėn kitaip, negu pagal Didžiojo Žiuri pareiškimą arba kaltinimą, išskyrus bylas, keliamas asmeniui, atliekančiam tikrąją karo tarnybą sausumos arba jūrų karinėse pajėgose arba pašauktinėje kariuomenėje karo arba grėsmės visuomenei laikotarpiu; jokiam asmeniui už tą patį pažeidimą du kartus neturi grėsti laisvės atėmimo arba fizinė bausmė; niekas negali būti verčiamas liudyti prieš save jokioje baudžiamojoje byloje; niekam negali būti atimta gyvybė, laisvė arba turtas be deramo teisinio proceso; privati nuosavybė negali būti paimta visuomenės poreikiams, už ją teisingai neatlyginus“. Keturioliktoji pataisa, reguliuojanti *inter alia* „dvigubos“ (t.y. ir JAV, ir atskirų valstijų) pilietybės santykius, buvo priimta po Jungtinių Amerikos Valstijų pilietinio karo; ji minėtąsias garantijas perkėlė ir į valstijų įstatymų sritį, uždrausdama valstijoms priimti bei taikyti atitinkamus įstatymus. Šiuo požiūriu ji buvo reikalinga, nes iki tol ir Pirmoji pataisa, ir vergiją panaikinusi Tryliktoji pataisa kartais būdavo interpretuojamos kaip nesudarančios teisinio pagrindo suteikti negrams (buvusiems vergams) visas pilietines teises. Keturioliktoji pataisa netgi išplėtė pilietinių teisių garantijas, uždrausdama valstijoms apriboti JAV piliečių (turimi galvoje ne tos valstijos piliečiai) privilegijas ir lengvatas, taip pat nustatydama lygios teisinės gynybos reikalavimus (vadinamoji *lygios gynybos klauzulė (Equal Protection Clause)*). Beje, kol kas visa JAV Konstitucija dar nėra išversta į lietuvių kalbą; pirmasis anoniminis jos septynių straipsnių (t.y. pagrindinio teksto) ir pirmųjų dešimties pataisų vertimas (žr. *Jungtinių Amerikos Valstijų Konstitucija.* – Vilnius: MGKB „Vilnius“, 1990) yra perdėm netikslus ir dėl to nenaudotinas nei oficialiuose, nei moksliniuose tekstuose; netikslumų yra ir naujausiame vertime, išleistame JAV Informacijos Tarnybos.

[9] J. D. March, „Sociological Jurisprudence Revisited“, 8 *Stanford Law Review* (1956), p. 518.

plačiai vertybių skalei". Apvainikuodami šiuos išvedžiojimus, skeptikai mums primena, kad ne tik normos yra neapibrėžtos, bet ir jų teisminis išaiškinimas gali būti ne tik valdingas, bet ir galutinis. Ar, turint visa tai galvoje, nėra pernelyg drąsu, o gal net klaidinga teisę traktuoti kaip iš esmės susijusią su normomis? Tokias mintis pratęsia paradoksalus neiginys, kurį jau citavome: „Įstatymai yra teisės šaltiniai, bet ne pačios teisės sudedamosios dalys"[10].

3. Apibrėžimas

Štai tie trys nuolat kartojami klausimai: kuo teisė skiriasi nuo grasinimais paremtų įsakymų ir kuo yra su jais susijusi? Kuo teisinė pareiga skiriasi nuo moralinės prievolės ir kuo yra su ja susijusi? Kas yra normos ir kokiu mastu teisę sudaro normos? Daugelio samprotavimų apie teisės „esmę" pagrindinis tikslas ir buvo išsklaidyti abejones ir painiavą, susijusią su šiais klausimais. Dabar jau aišku, kodėl šie samprotavimai paprastai būdavo vertinami kaip teisės apibrėžimo paieškos, taip pat kodėl bent jau gerai žinomi apibrėžimų variantai taip menkai tepadėdavo išsklaidyti šiuos nuolat iškylančius sunkumus ir abejones. Suformuluoti apibrėžimą, kaip galima spręsti iš šio termino, reiškia nubrėžti ribą, atskirti vieną dalyką nuo kito, kuris kalbos yra žymimas atskiru žodžiu. Tokių ribų reikalingumą dažnai jaučia tie, kurie puikiai išmano kasdienę kalbamojo žodžio vartoseną, bet negali nurodyti arba paaiškinti ypatybių, skiriančių – jie tai supranta – vieną dalyką nuo kito. Visi mes kartkartėmis atsiduriame tokioje keblioje padėtyje; ją geriausiai apibūdina žmogus, sakantis: „Kai matau dramblį, aš galiu jį atpažinti, bet negaliu jo apibrėžti". Tą pačią keb-

[10] Gray, loc. cit.

lią situaciją nusako šie šv. Augustino žodžiai apie laiko sąvoką: „Kas tad yra laikas? Kai manęs šito niekas neklausia, aš žinau; bet jeigu aš noriu paaiškinti tai klausiančiajam, aš nežinau“[11]. Kaip tik šia prasme net kvalifikuoti teisininkai yra patyrę, kad nors jie ir išmano teisę, bet teisėje ir jos ryšiuose su kitais dalykais yra nemažai to, ko jie negali paaiškinti ir iki galo nesupranta. Kaip žmogui, galinčiam pažįstamame mieste nusigauti iš vienos vietos į kitą, bet negalinčiam to paaiškinti kitiems arba pasakyti jiems, kaip tai padaryti, reikia žemėlapio, taip ir tiems, kurie atkakliai ragina suformuluoti apibrėžimą, reikalingas toks žemėlapis, aiškiai vaizduojantis ryšius, kuriuos jie miglotai jaučia esant tarp jų išmanomos teisės ir kitų dalykų.

Tokiais atvejais žodžio apibrėžimas kartais ir gali būti toks žemėlapis: jis kartu gali išryškinti paslėptą principą, kreipiantį mūsų žodžio vartoseną, ir parodyti ryšius tarp tų reiškinių, kuriems šis žodis taikomas, ir kitų reiškinių. Kartais sakoma, kad apibrėžimas yra „grynai verbalinis“, arba kad jis „paaiškina tik žodžius“; vis dėlto tuomet, kai apibrėžiamasis posakis yra plačiai vartojamas, tokia pažiūra labiausiai klaidina. Netgi tokie apibrėžimai, kaip „trikampis – tai trišonė tiesialinijinė figūra“ arba „dramblys – tai keturkojis, kuris nuo kitų skiriasi stora oda, iltimis ir straubliu“, mums mažai ką pasako ir apie šių žodžių įprastą vartoseną, ir apie daiktus, kuriuos šie žodžiai apibūdina. Toks gerai pažįstamas apibrėžimo tipas kartu atlieka dvejopą funkciją. Jis pateikia kodą, arba formulę, kaip tam tikrą žodį išversti į kitus gerai suprantamus terminus, ir drauge suranda vietą tam dalykui, kurį šis žodis paprastai žymi, nurodydamas ir tas jo savybes, kurios yra bendros daiktams, priklausantiems didesnei šeimai, ir tas, kurios skiria jį nuo kitų tai pačiai šeimai priklausančių daiktų. Mėginda-

[11] *Confessiones*, XIV, 17.

mi suformuluoti tokius apibrėžimus, mes „kreipiame dėmesį ne tik į žodžius, <...> bet ir į tikrovę, apie kurią kalbėdami šiuos žodžius vartojame. Mes pasitelkiame įžvalgų žodžių suvokimą, kad aiškiau suvoktume reiškinius“[12].

Šis apibrėžimo konstravimo būdas *(per genus et differentiam*)*, kurį mes matome nesudėtingais trikampio ir dramblio atvejais, yra pats paprasčiausias ir kai ką labiausiai patenkina, nes jis duoda mums tokį žodžių derinį, kuriuo visuomet galima pakeisti apibrėžiamus žodžius. Bet tai ne visuomet įmanoma, o ir tada, kai tai įmanoma, toks apibrėžimas ne visuomet yra informatyvus. Ar jis bus vykęs, priklauso nuo sąlygų, kurios dažnai nėra patenkinamos. Pagrindinė sąlyga yra ta, kad turi būti didesnė daiktų šeima, arba *genus***, kurios pobūdis mums būtų aiškus ir į kurią apibrėžimas įskirtų tai, ką jis apibrėžia; juk, atvirai sakant, apibrėžimas, teigiantis, kad kas nors priklauso vienai arba kitai šeimai, mums nieko nepasako, jeigu apie šios šeimos pobūdį mes esame susidarę tik miglotą arba prieštaringą vaizdą. Teisės atveju kaip tik dėl šio reikalavimo toks apibrėžimo konstravimo būdas tampa bevertis, nes nėra jokios gerai žinomos ir suprantamos bendros kategorijos, kuri apimtų teisę kaip savo sudedamąją dalį. Bendroji *elgesio normų* šeima aiškiausiai pretenduoja į tai, kad kaip tik šią sąvoką vartotume tokiu būdu apibrėždami teisę; tačiau, kaip matėme, normos samprata kelia ne mažiau keblumų negu pačios teisės sąvoka, todėl tie teisės apibrėžimai, kurie pradedami tuo, kad teisė apibūdinama kaip normų rūšis, geriau suprasti teisę mums nė kiek nepadeda. Todėl reikia ko nors esmingesnio negu toks apibrėžimo konstravimo būdas, kuris sėkmingai naudojamas nurodyti tam tikros specialios

[12] J. L. Austin, „A Plea for Excuses“, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57 (1956–7), 8.

* Pagal rūšį ir skirtumus *(lot.)*.

** Giminė, gentis, tauta, kilmė, kategorija, klasė, rūšis ir pan. *(lot.)*.

kategorijos vietai tam tikroje žinomoje ir gerai suprantamoje bendroje daiktų klasėje, kuriai ši kategorija priklauso.

Tačiau, mėgindami apibrėžti teisę šiuo daug žadančiu ir paprastu būdu, susiduriame ir su kitais didžiuliais sunkumais. Manyti, kad šitaip galima apibrėžti bendrą sąvoką, reiškia remtis atvirai neišsakoma prielaida, jog visi dalykai, kuriuos mes apibrėžiame kaip trikampius ar dramblius, turi tam tikrų bendrų požymių, kuriuos liudija apibrėžiamoji sąvoka. Žinoma, net palyginti ankstyvuose etapuose mes neišvengiamai turime atkreipti dėmesį į tai, kad esama ribinių atvejų, o tai liudija, jog prielaida, esą keli tuo pačiu bendru terminu vadinami reiškiniai turi turėti tuos pačius požymius, gali būti pernelyg kategoriška. Labai dažnai įprastinė arba net speciali termino vartosena yra visiškai „atvira" ta prasme, kad nėra *draudžiama* išplėsti šio terminą vartoseną, jį taikyti ir tiems atvejams, kai yra tik kai kurie paprastai drauge būdingi požymiai. Kaip mes jau žinome, tai teisinga tarptautinės teisės ir tam tikrų primityviosios teisės rūšių atvejais, todėl visuomet galima rasti įtikinamų argumentų ir už, ir prieš vartosenos išplėtimą. Daug svarbiau yra tai, kad, greta tokių ribinių atvejų, keletas reiškinių, vadinamų bendru terminu, dažnai tarpusavyje yra susiję visai kitokiais ryšiais negu tie, kuriuos postuluoja šis paprastas apibrėžimo tipas. Juos gali sieti analogija, kaip tada, kai kalbame apie žmogaus „pėdą" ir kalno „papėdę"*. Juos gali sieti *skirtingi* ryšiai su svarbiausiuoju elementu. Tokį vienijantį principą matome tada, kai žodis „sveikas" taikomas ne tik žmogui, bet ir jo veido spalvai arba jo daromai rytinei mankštai; antrasis atvejis yra pirmosios – svarbiausiosios – savybės *ženklas,* o trečiasis – jos *priežastis.* Arba štai (ir čia mes tikriausiai susiduriame su principu, panašiu į tą, kuris sujungia skirtingas teisinę sistemą suda-

* Anglų k. ir vienu, ir kitu atveju vartojamas žodis *foot.*

rančių normų rūšis) keletas reiškinių gali būti sudėtingesnio reiškinio skirtingos sudedamosios dalys. Žodžio „geležinkelis“ vartojimą kaip pažyminio apibūdinti ne tik traukiniui, bet ir geležinkelio linijai, stočiai, palydovui bei ribotos atsakomybės kompanijai valdo kaip tik šios rūšies vienijantis principas.

Žinoma, be mūsų aptartojo labai paprasto tradicinio apibrėžimo konstravimo būdo, yra ir daug kitų; vis dėlto, atrodo, yra aišku, jog dėl trijų pagrindinių problemų, slypinčių, kaip mes parodėme, nuolat kartojamame klausime „Kas yra teisė?“, pobūdžio joks pakankamai glaustas apibūdinimas, kurį galėtume laikyti apibrėžimu, negali patenkinamai atsakyti į šį klausimą. Čia glūdinčios problemos yra pernelyg skirtingos ir pernelyg esmingos, kad jas būtų galima išspręsti tokiu būdu. Tai liudija pastangų pateikti glaustą apibrėžimą istorija. Bet vis dėlto nuojauta, dažnai skatinusi sujungti šias tris problemas į vieną klausimą ar suformuluoti vieną apibrėžimą nebuvo klaidinga; juk įmanoma, kaip mes toliau šioje knygoje parodysime, išskirti ir apibūdinti pagrindinę elementų grupę, kuri yra bendra atsakymams į kiekvieną iš šių trijų klausimų. Kokie yra šie elementai ir kodėl jie nusipelno tokio didelio dėmesio, kuris jiems skiriamas šioje knygoje, geriausiai paaiškės, jeigu mes visų pirma nuodugniai aptarsime teorijos, dominavusios Anglijos jurisprudencijoje nuo tų laikų, kai Austinas ją išdėstė, trūkumus. Tvirtinimas, kad raktas teisei suprasti yra paprasta grasinimais paremto įsakymo, kurį pats Austinas pavadino „komanda“, sąvoka, yra pretenzingas. Šios teorijos trūkumų nagrinėjimui skirti kiti trys skyriai. Sąmoningai ignoruodami moderniosios teisės teorijos raidos nuoseklumą, mes iš pradžių kritikuojame šią teoriją, o labiausiai su ja konkuruojančios teorijos nagrinėjimą atidedame vėlesniems skyriams; juk priešinga pažiūra, kad teisę geriausia traktuoti nurodant jos „būtiną“ sąsają su morale, yra senesnė dok-

trina, kurią Austinas, kaip ir prieš jį rašęs Benthamas*, pasirinko pagrindiniu savo kritikos objektu. Jeigu mes turime pasiteisinti dėl tokio nenuoseklumo, tai galime pasakyti, kad paprastos liepimų teorijos klaidos geriau parodo kelią į tiesą negu kur kas sudėtingesnių su ja konkuruojančių teorijų klaidos.

Įvairiose knygos vietose bus kalbama apie ribinius atvejus, su kuriais susidūrę teisės teoretikai suabejodavo, ar jiems tinka sąvokos „teisė" ir „teisinė sistema", bet pasiūlymai, kaip išsklaidyti šias abejones, kuriuos skaitytojas čia taip pat ras, rašant šią knygą buvo tik antraeilis rūpestis. Jos pagrindinis tikslas – ne suformuluoti teisės apibrėžimą kaip taisyklę, pagal kurią galima būtų patikrinti žodžio vartojimo teisingumą; šios knygos tikslas yra plėtoti teisės teoriją, geriau išanalizuojant municipalinės teisinės sistemos struktūrą bei pasiūlant geresnę teisės, prievartos ir moralės, kaip socialinių reiškinių tipų, panašumų ir skirtumų sampratą. Kituose trijuose skyriuose pateiktuose kritiniuo-

* *Jeremy Benthamas* – liberalių pažiūrų moralės ir politikos filosofas, utilitarizmo ir teisinio pozityvizmo pradininkas Anglijoje, kurio darbai turėjo milžinišką poveikį visai pasaulinei jurisprudencijos raidai. Be to, bent kelios teisės mokslo sritys vienareikšmiškai gali būti laikomos Benthamo „sukurtomis" – deontologija, kodifikacijos teorija ir kt. Žymiausieji Benthamo teisės veikalai: *Valdymo fragmentas* (*Fragment of Government,* 1776); *Apibrėžtosios jurisprudencijos ribos* (*The Limits of Jurisprudence Defined,* parašytas apie 1780 m., bet ilgą laiką žinotas tik jo mokinių, pavyzdžiui Austino, ir išleistas tik 1945 m.); *Moralės ir įstatymų leidybos principų įvadas* (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* 1780); *Įstatymų leidybos teorija* (*The Theory of Legislation,* 1802 m. jo mokinio šveicaro frankofono išleistas prancūziškai pavadinimu *Traité de législation civile et pénale (Traktatas apie civilinius ir baudžiamuosius įstatymus);* vertimas į anglų k. pasirodė tik 1950 m.); *Teisminių įrodymų pagrindimas* (*Rationale of Judicial Evidence,* 1813); *Komentarų komentarus* (*A Comment on the Commentaries,* pirmąkart išspausdintas tik 1928 m.); *Deontologija, arba moralės mokslas* (*Deontology, or the Science of Morality,* išleistas 1832 m., jau po autoriaus mirties); *Apie vietos ir laiko įtaką įstatymų leidybai* (*On the Influence of Time and Place in Matters of Legislation,* išspausdintas po autoriaus mirties jo vienuolikos tomų *Raštuose* (*Works,* 1838–1843)).

se samprotavimuose išskirta elementų sistema, smulkiai aprašoma V ir VI skyriuose, padeda pasiekti šį tikslą, o kaip – tai parodoma likusioje knygos dalyje. Kaip tik dėl šios priežasties jie laikomi pagrindiniais teisės sampratos elementais, labai svarbiais jai paaiškinti.

II

ĮSTATYMAI, KOMANDOS IR ĮSAKYMAI

1. Liepimų įvairovė

Išanalizuoti teisės sampratą, remdamasis, atrodytų, paprastomis komandos ir įpročio sąvokomis, aiškiausiai ir kruopščiausiai pabandė Austinas knygoje *Jurisprudencijos sritis**. Šiame ir kituose dviejuose skyriuose mes išdėstysime ir kritikuosime pažiūrą, kuri iš esmės yra tokia pati, kaip ir Austino, bet greičiausiai skiriasi nuo jos kai kuriais aspektais. Mat mums labiausiai rūpi ne Austinas, bet tai, kuo mus siekia įtikinti tam tikro tipo teorija, kuri visuomet bus viliojanti, kad ir kokie būtų jos trūkumai. Todėl, kai Austino mintys kelia abejonių ar jo pažiūros atrodo nenuoseklios, mes nedvejodami nekreipiame į tai dėmesio, bet išdėstome aiškų ir nuoseklų požiūrį. Be to, kai Austinas tik užsimena apie tai, kaip jis galėtų atsakyti savo kritikams, mes šias užuominas išrutuliojame (kartais sekdami vėlesniais teoretikais, pavyzdžiui, Kelsenu**), kad teorija, kuri čia bus aptariama ir kritikuojama, būtų pateikta griežtai ir tiksliai suformuluota.

* Tikrasis šio veikalo pavadinimas – *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (žr. išnašą p. 36). Hartas vartoja įprastą sutrumpintą šio veikalo pavadinimą *The Province of Jurisprudence Determined.*

** *Hansas Kelsenas* – austrų teisininkas, Vienos, Kelno, Ženevos, Kalifornijos universitetų profesorius, normatyvizmo ir pozityvistinės grynosios teisės teorijos pradininkas, taip pat rašęs tarptautinės teisės klausimais. Kelsenas laikomas vienu iš kontinentinės (*vis-à-vis* anglų ir ame-

Daugelyje įvairių socialinio gyvenimo situacijų vienas asmuo gali pareikšti pageidavimą, kad kitas asmuo ką nors darytų arba susilaikytų ir tam tikrų dalykų nedarytų. Tada, kai šis pageidavimas išsakomas ne tik kaip įdomi informacija arba sąmoningas savo troškimų atskleidimas, bet norint, kad asmuo, į kurį kreipiamasi, paklustų šiam pageidavimui, anglų ir daugelyje kitų kalbų nors ir nebūtina, bet įprasta pavartoti specialią lingvistinę formą, vadinamą *liepiamąja nuosaka:* „Eik namo!", „Ateik!", „Stok!", „Nežudyk jo!" Socialinės situacijos, kuriose mes šitaip imperatyviai kreipiamės vienas į kitą, yra be galo įvairios; tačiau galima išskirti tam tikras nuolat pasikartojančias pagrindines jų rūšis, kurių svarbą liudija tam tikros gerai žinomos klasifikacijos. „Prašyčiau paduoti druską" – tai šiaip jau yra tik *prašymas,* nes kalbantysis paprastai šitaip kreipiasi į tą, kuris gali padaryti jam paslaugą, bet nesako, kad tai labai skubu, ir nė neužsimena apie tai, kas galėtų atsitikti, jeigu šis jo nepaklausytų. „Nežudyk manęs" – tai paprastai yra *maldavimas,* nes kalbantysis priklauso nuo to asmens, į kurį kreipiasi, malonės arba yra keblioje situacijoje, iš kurios pastarasis jį gali išvaduoti. Kita vertus, „Nejudėk" gali reikšti *perspėjimą,* jeigu kalbantysis žino apie kokį nors pavojų (gyvatę žolėje), gresiantį tam, į kurį jis kreipiasi, kurio šis nejudėdamas gali išvengti.

Socialinių situacijų, kuriose paprastai, nors nebūtinai visada, pasitelkiamos imperatyvinės kalbos formos, ne tik yra

rikiečių) konstitucingumo teorijos pagrindėjų ir Austrijos konstitucinio teismo kūrėju. Jo žymiausieji veikalai: *Grynoji teisės teorija (Reine Rechtslehre,* 1934, 1960 (2-as leidimas)); *Visuomenė ir gamta: sociologinis tyrimas* (*Society and Nature: A Sociological Inquiry,* 1943); *Bendroji teisės ir valstybės teorija* (*General Theory of Law and State,* 1945); *Komunistinė teisės teorija* (*The Communist Theory of Law,* 1955); *Teisės ir moralės filosofijos raštai* (*Essays in Legal and Moral Philosophy,* įvairiu metu parašytų straipsnių rinkinys, išleistas po autoriaus mirties 1973 m.); *Bendroji normų teorija* (*Allgemeine Theorie der Normen,* išspausdintas 1979 m.) ir kt. (iš viso daugiau kaip 600 publikacijų).

labai daug – jos nepastebimai pereina viena į kitą; taigi tokie terminai, kaip „maldavimas“, „prašymas“ arba „perspėjimas“, žymi tik keletą jų apytikrių skirtumų. Svarbiausia iš šių situacijų yra ta, kuriai, atrodo, labiausiai tinka žodis „liepimas“. Jos pavyzdys – situacija, kai ginkluotas plėšikas sako banko tarnautojui: „Duok šen pinigus, arba šausiu“. Jos skiriamasis bruožas, leidžiantis mums teigti, jog plėšikas ne *prašo,* juo labiau ne *maldauja* tarnautojo atiduoti pinigus, bet *liepia* jam tai padaryti, yra tai, jog siekdamas, kad tarnautojas paklustų jo išsakytam pageidavimui, kalbantysis grasina padarysiąs ką nors tokio, kas normaliam žmogui turėtų atrodyti žalinga arba nemalonu, todėl tarnautojas tampa kur kas mažiau suinteresuotas elgtis taip, kad išsaugotų pinigus. Jeigu ginkluotam plėšikui pavyksta, mes šią situaciją apibūdinsime sakydami, kad plėšikas *privertė* tarnautoją, o pats tarnautojas šiuo požiūriu buvo plėšiko galioje. Tokiais atvejais gali kilti daug įdomių lingvistinių klausimų: visiškai teisinga yra pasakyti, kad ginkluotas plėšikas *liepė* tarnautojui atiduoti pinigus, o tarnautojas pakluso, bet tam tikra prasme neteisinga būtų sakyti, kad ginkluotas plėšikas *davė įsakymą* tarnautojui juos atiduoti, nes ši gana kariškai skambanti frazė parodo esant tam tikrą teisę ar valdžią įsakinėti, o kalbamuoju atveju tokios valdžios nėra. Tačiau būtų visiškai suprantama, jeigu pasakytume, kad ginkluotas plėšikas įsakė savo pagalbininkui saugoti duris.

Čia mums nereikia leistis į tokias smulkmenas. Nors su žodžiais „įsakymas“ ir „paklusimas“ dažnai gali būti siejamos nuorodos į valdžią ir į paklusimą valdžiai, mes posakius „grasinimais paremti įsakymai“ ir „prievartiniai įsakymai“ vartosime žymėti tokiems įsakymams, kurie, kaip ir minėtasis ginkluoto plėšiko įsakymas, remiasi vien tik grasinimais, o žodžius „paklusimas“ ir „paklusti“ vartosime norėdami parodyti, kad šiems įsakymams yra paklūstama. Ta-

čiau jau vien dėl to, kad Austino pasiūlytasis komandos sąvokos apibrėžimas padarė didžiulę įtaką teisininkams, svarbu pažymėti, jog ta paprasta situacija, kai paklusti priverčiama tik grasinimais pakenkti, *nėra* kaip tik tas atvejis, kai komandos sąvoka yra vartojama savo tikrąja prasme. Šis žodis, nedažnai pasitaikantis ne kariniame kontekste, turi gilią potekstę, kad egzistuoja palyginti stabili hierarchinė žmonių organizacija, kaip antai kariuomenė arba sekėjų grupė, kurioje vadui tenka dominuojantis vaidmuo. Paprastai vadas yra generolas (o ne seržantas), jis ir komanduoja, nors šis terminas gali būti vartojamas apibūdinti kitoms ypatingo pranašumo formoms – antai Naujajame Testamente sakoma, kad Kristus komandavęs* savo mokiniams. Dar svarbiau yra tai, kad komandoje nebūtinai turi slypėti grasinimas pakenkti nepaklusniajam; tai ir yra lemiamas skirtumas tarp įvairių „liepimo" formų. Iš tikrųjų komanduoti tolygu įgyvendinti savo autoritetingą valdžią žmonių atžvilgiu, bet ne galią pakenkti jiems, ir nors komanda gali būti susipynusi su grasinimais pakenkti, ja siekiama sukelti ne baimę, bet visų pirma pagarbą autoritetingai valdžiai.

Nors kaip tik mūsų jau minėto ginkluoto plėšiko grasinimais paremtus įsakymus Austinas, nekreipdamas dėmesio į ankstesnėje pastraipoje nurodytus skirtumus, nepagrįstai vadina komandomis, visiškai aišku, kad teisės idėjai komandos idėja, labai glaudžiai susijusi su autoritetinga valdžia, yra kur kas artimesnė. Tačiau komandos sąvoka yra pernelyg artima teisės sąvokai, kad tiktų mūsų tikslui; juk teisei būdingas autoritetingos valdžios elementas visuomet buvo viena iš kliūčių, iškylančių mėginant kaip nors lengvai paaiškinti, kas yra teisė. Todėl apibūdinant teisę ją apimanti komandos sąvoka mums negali praversti. Iš tikrųjų, nepai-

* Originale vartojamas žodis *to command*. Lietuviškame Naujojo Testamento tekste tokio posakio nepavyko rasti. Čia rašoma „įsakė", „liepė".

sant Austino analizės trūkumų, ji vertinga tuo, kad tie elementai, kuriuos apima ginkluoto plėšiko situacija, patys savaime nėra nesuprantami ir nereikalauja smulkesnio paaiškinimo, kaip autoritetingos valdžios elementas; todėl mes seksime Austinu, bandydami sukonstruoti teisės idėją šių elementų pagrindu. Tačiau mes nesitikime sėkmės kaip Austinas, bet veikiau pamėginsime pasimokyti iš savo nesėkmės.

2. Teisė kaip prievartiniai įsakymai

Netgi sudėtingoje didelėje visuomenėje, tokioje kaip šiuolaikinė valstybė, atsitinka, kad pareigūnas individui tiesiogiai liepia ką nors padaryti. Policininkas liepia konkrečiam motorinės transporto priemonės vairuotojui sustoti arba konkrečiam elgetai trauktis šalin. Bet jau vien todėl, kad jokia visuomenė negali išlaikyti tiek pareigūnų, kiek jų reikėtų, kad kiekvienas visuomenės narys atskirai būtų oficialiai informuotas apie kiekvieną veiksmą, kurį jis turėtų atlikti, šitokios paprastos situacijos nėra ir negali būti įprastas teisės funkcionavimo būdas. Šios individualizuotos kontrolės formos arba yra išimtys, arba papildo ir sustiprina bendras nurodymų formas, kurios nėra adresuotos konkretiems asmenims ir jų neįvardija, ir nenurodo konkretaus veiksmo, kurį reikia atlikti. Vadinasi, netgi baudžiamojo įstatymo (kuris iš visų teisės atmainų labiausiai primena grasinimais paremtus įsakymus) *standartinis* modelis yra bendro pobūdžio dviem atžvilgiais; jis nurodo bendrą elgesio variantą ir skiriamas neapibrėžtai asmenų grupei tikintis, jog šie asmenys pripažins, kad jis skirtas jiems, ir jo laikysis. Taigi individualūs tiesioginiai pareigūno nurodymai čia vaidina antraeilį vaidmenį: jeigu konkretus asmuo nesilaiko pirminių bendrųjų nurodymų, pareigūnai gali atkreipti į juos šio asmens dėmesį ir pareikalauti, kad jis šiems nurodymams paklustų,

kaip daro mokesčių inspektorius, arba pareigūnai gali oficialiai fiksuoti bei registruoti tokį šių nurodymų nesilaikymą, o teismas už jų nesilaikymą gali skirti numatytą bausmę.

Todėl teisinė kontrolė yra visų pirma, nors ir ne vien tik, kontrolė pasitelkus nurodymus, kurie šia dvejopa prasme yra *bendro pobūdžio.* Tai yra pirmasis bruožas, kuriuo reikia papildyti paprastą plėšiko modelį, jeigu norime, kad šis modelis atkurtų teisės charakteristikas. Tai, kokiai asmenų grupei ši kontrolė taikoma ir kaip ši asmenų grupė konkrečiai apibrėžiama, įvairuoja skirtingose teisinėse sistemose ir netgi skirtingų įstatymų atžvilgiu. Paprastai manoma, kad, jei nėra specialių požymių, išplečiančių arba susiaurinančių subjektų klasę, šiuolaikinės valstybės bendrieji įstatymai skiriami visiems asmenims, esantiems jos teritorijoje. Kanonų teisėje vadovaujamasi panašiu požiūriu, kad paprastai visi bažnyčios nariai paklūsta jos teisei, išskyrus tuos atvejus, kai nurodoma mažesnė subjektų klasė. Visais atvejais įstatymo taikymo apimties klausimas yra klausimas dėl konkretaus įstatymo aiškinimo, susijęs su tokiais bendrais požiūriais. Čia verta pažymėti, jog nors teisininkai, kartu ir Austinas, kartais sako, kad įstatymai yra *adresuojami*[13] asmenų grupėms, bet tai yra klaidinga, nes skatina manyti esant panašumą su tiesioginio susidūrimo situacija, nors iš tikrųjų panašumo čia nėra, ir tie, kurie vartoja šį posakį, neturėjo jo galvoje. Įsakinėjimas žmonėms ką nors padaryti yra ryšių su jais palaikymo forma ir iš tikrųjų yra susijęs su „kreipimusi"* į juos, t.y. su jų dėmesio atkreipimu arba su pastangomis jį atkreipti, bet įstatymų leidyba žmonėms nėra su tuo susijusi. Todėl plėšikas

[13] „Adresuojami visai bendruomenei", Austin, op. cit., p. 22.

* Anglų kalbos žodis *to address* reiškia ir *adresuoti,* ir *kreiptis.* Čia, kaip ir daugelyje kitų šios knygos vietų, autoriaus dėstoma teorija neatsiejama nuo kalbos, kuria ji buvo parašyta; vargu ar šią teoriją apskritai galėtume adekvačiai suprasti, jeigu ignoruotume jos „grynai anglišką" pobūdį.

tuo pačiu savo pasakymu „Duok šen šiuos banknotus“ išreiškia savo norą, kad tarnautojas kai ką padarytų, ir iš tikrųjų *kreipiasi* į tarnautoją, t.y. jis daro tai, ko paprastai pakanka, kad tarnautojas atkreiptų dėmesį į šį plėšiko išreikštą norą. Jeigu jis to nebūtų padaręs, o tik būtų tuos pačius žodžius ištaręs tuščiame kambaryje, jis iš viso nebūtų kreipęsis į tarnautoją ir nebūtų jam *įsakęs* ką nors padaryti, – apie tokią situaciją mes galėtume pasakyti, kad plėšikas tik ištarė žodžius „Duok šen šiuos banknotus“. Šiuo požiūriu įstatymų leidyba skiriasi nuo įsakymo žmonėms ką nors padaryti, ir šį skirtumą reikia turėti omenyje, jeigu šia paprasta idėja norime remtis konstruodami teisės modelį. Tikrai pageidautina išleidus įstatymus kuo greičiau atkreiptų į juos dėmesį tų, kuriems šie įstatymai yra skirti. Jeigu tai nebus padaryta, įstatymų leidėjas nepasieks tikslo, kurį jis turėjo leisdamas įstatymus, todėl teisinės sistemos, pasitelkdamos specialias promulgaciją reguliuojančias normas, dažnai nustato, kad tai reikia padaryti . Bet įstatymai gali būti užbaigti kaip įstatymai dar prieš tai padarant arba net jeigu tai visai nėra daroma. Jeigu nėra priešingą tvarką nustatančių normų, įstatymai yra teisėtai išleisti ir tada, kai tie, kuriems šie įstatymai skirti, patys turi sužinoti, kokie įstatymai yra išleisti ir kam jie skirti. Tie, kurie sako, kad įstatymai „adresuojami“ tam tikriems asmenims, paprastai turi omenyje, kad tai yra tie asmenys, kuriems konkretus įstatymas yra taikomas, t.y. iš kurių jis reikalauja elgtis tam tikru būdu. Vartodami čia žodį „adresuojami“, mes galime nepastebėti svarbaus skirtumo tarp įstatymo išleidimo ir tiesioginio įsakymo, taip pat supainioti du skirtingus klausimus: „Kam įstatymas yra taikomas?“ ir „Kam jis yra išleistas?“

Plėšiko situaciją reikia ne tik papildyti bendrumo požymiu; jeigu mes norime turėti įtikinamą situacijos, kurioje

glūdi teisė, modelį, turime padaryti ir kur kas esmingesnių jos pakeitimų. Iš tiesų tam tikra prasme plėšikas yra pranašesnis ar viršesnis už banko tarnautoją; šis pranašumas arba viršenybė grindžiami jo laikinu gebėjimu grasinti, ir to gali visiškai pakakti, kad banko tarnautojas padarytų tai, kas jam sakoma. Jokių kitų viršenybės ar pavaldumo santykių, išskyrus šią jų trumpalaikę prievartinę formą, tarp šių dviejų žmonių nėra. Bet plėšikui jos gali pakakti; juk paprastas tiesioginis įsakymas „Duok šen šiuos banknotus, arba šausiu" išnyksta vos tik jį ištarus. Plėšikas neišleidžia banko tarnautojui *nuolat galiojančių įsakymų* (nors jis gali tai padaryti savo sekėjų gaujai), kurių tam tikros asmenų grupės reguliariai turėtų laikytis. Tačiau absoliučiai daugumai įstatymų būdingas šis „nuolatinumo", arba pastovumo, požymis. Vadinasi, norėdami paaiškinti, kas yra įstatymai, ir imdami pagrindu grasinimais paremtų įsakymų sąvoką, mes turime siekti atkurti šį tęstinį įstatymų pobūdį.

Todėl yra pagrindo manyti, jog tie, kuriems skirti bendro pobūdžio įstatymai, paprastai yra įsitikinę, kad, jiems nepaklusus, grasinimas gali būti įvykdytas ne tik iškart promulgavus įsakymą, bet visą laiką, kol įsakymas bus atšauktas ar panaikintas. Galima teigti, kad šis nepaliaujamas tikėjimas nepaklusimo sukeliamomis pasekmėmis palaiko pradinių įsakymų gyvybingumą arba „nuolatinumą", nors, kaip pamatysime vėliau, šitaip primityviai analizuoti įstatymų amžinąjį turinį yra sunku. Žinoma, jeigu šitaip visuotinai tikima nuolatine grasinimo įvykdymo galimybe, tai iš tikrųjų gali būti reikalingas daugybės veiksnių, kurių plėšiko situacijoje neįmanoma atkurti, sutapimas: gali būti, kad galia įvykdyti grasinimus, susijusius su tokiais nuolatiniais įsakymais, siekianti daugelį asmenų, iš tikrųjų gali egzistuoti ir būti laikoma egzistuojančia tik tuo atveju, jeigu yra žinoma, kad didelė dalis gyventojų yra pasiruošę paklusti patys,

savo noru, t.y. ne dėl to, kad bijo grasinimo, ir bendradarbiauti įvykdant grasinimus tiems, kurie nepaklūsta.

Kad ir kuo remtųsi šis visuotinis tikėjimas galimybe įvykdyti grasinimus, mes turime skirti jį nuo kito būtino požymio, kuriuo turime papildyti plėšiko situaciją, kad ji bent apytikriai panėšėtų į apibrėžtą situaciją, kurioje glūdi teisė. Kad ir kokie būtų motyvai, mes turime daryti prielaidą, kad tie, kuriems įsakymai yra skirti, daugumai iš jų dažniau paklūsta negu nepaklūsta. Sekdami Austinu, mes tai vadinsime „visuotiniu įpročiu paklusti" ir drauge su juo pažymėsime, kad, kaip ir daugelis kitų teisės aspektų, šis taip pat yra iš esmės miglota ir netiksli idėja. Į klausimą, kiek žmonių, kaip ilgai ir keliems bendro pobūdžio įsakymams turi paklusti, kad būtų galima pripažinti esant teisę, negalima atsakyti apibrėžtai, kaip ir į klausimą, kiek mažai plaukų turi turėti vyriškis, kad jis būtų plikas. Ir vis dėlto ši aplinkybė – tai, kad paklusimas yra visuotinis, – lemia esminį skirtumą tarp įstatymų ir mūsų aptartos paprastos situacijos, kai įsakinėja plėšikas. Paprastą laikiną vieno asmens viršenybę kito asmens atžvilgiu natūraliai laikome visiška teisės, pasižyminčios santykiniu tęstinumu ir tvarkingumu, priešingybe; ir juk iš tikrųjų daugelyje teisinių sistemų tokios trumpalaikės prievartinės galios, kokią turi minėtasis plėšikas, realizavimas būtų traktuojamas kaip baudžiamasis nusikaltimas. Mums dar reikia įsitikinti, ar šios paprastos, nors neabejotinai miglotos visuotinio įpročio paklusti grasinimais paremtiems bedro pobūdžio įsakymams idėjos pakanka atkurti teisinės sistemos tvarkingam pobūdžiui ir tęstinumui.

Vieno asmens duodamų grasinimais paremtų bendro pobūdžio įsakymų, kuriems visuotinai paklūstama, idėja, kurią mes sukonstravome nuosekliai papildydami paprastą plėšiko situacijos atvejį, akivaizdžiai labiau atitinka šiuolaikinės valstybės įstatymų leidybos institucijos išleistą baudžia-

mąjį įstatymą negu kurią nors kitą teisės atmainą. Juk yra teisės tipų, kurie *prima facie** visiškai neprimena tokių baudžiamųjų įstatymų; vėliau mums reikės aptarti teiginį, kad šios kitos teisės rūšys, nepaisant jų išorinio nepanašumo, iš tikrųjų yra tik sudėtingos ar užslėptos tos pačios formos atmainos. Bet jeigu mūsų sukonstruotu bendro pobūdžio įsakymų, kuriems visuotinai paklūstama, modeliu siekiama atkurti bent jau baudžiamojo įstatymo bruožus, tai kai ką daugiau reikia pasakyti ir apie asmenį, kuris duoda šiuos įsakymus. Šiuolaikinės valstybės teisinei sistemai būdinga tam tikro tipo *viršenybė* jos teritorijoje ir *nepriklausomybė* nuo kitų sistemų, kurių mes kol kas neatkūrėme savo paprastame modelyje. Šios dvi sąvokos nėra tokios paprastos, kaip gali atrodyti, bet tai, kas jose yra esminga sveiko proto požiūriu (kuris gali pasirodyti esąs klaidingas), gali būti apibūdinta šitaip. Anglijos teisė, Prancūzijos teisė arba bet kurios kitos šiuolaikinės valstybės teisė reguliuoja gyventojų, gyvenančių teritorijose, kurių geografinės ribos yra gana tiksliai apibrėžtos, elgesį. Kiekvienos valstybės teritorijoje gali būti daug skirtingų asmenų arba asmenų organizacijų, kurios duoda grasinimais paremtus bendro pobūdžio įsakymus ir sulaukia įprasto paklusnumo. Bet mes turime įžvelgti skirtumą tarp kai kurių iš šių asmenų arba organizacijų (pavyzdžiui, Londono grafystės tarybos arba ministro, realizuojančių tai, ką mes vadiname deleguotosios įstatymų leidybos įgaliojimais), kaip *pavaldžių* teisės kūrėjų, ir Karalienės Parlamente**, kuri turi aukščiausiąją valdžią. Šį ryšį

* Visų pirma *(lot.)*. Apie šio termino specifinę teisinę reikšmę žr. išnašą p. 271.

** *Karalienė Parlamente (Queen in Parliament)* – posakis, Anglijoje paprastai reiškiantis aukščiausiąją legislatyvinę valdžią, kurią įkūnija ir realizuoja Parlamentas. Turima omenyje, kad Parlamentas išreiškia karalienės (arba karaliaus), t.y. „hipotetinio" suvereno, valią, taigi Parlamento aktai gali būti interpretuojami ir kaip karalienės valios išraiška; nors pati karalienė Parlamente ir neposėdžiauja (šiais laikais jos galios, ypač įsta-

galima išreikšti paprastu įpročių terminu pasakant, kad Karalienė Parlamente niekam iš įpročio nepaklūsta, tačiau pavaldieji teisės kūrėjai neperžengia įstatymo jiems nustatytų ribų, todėl juos galima laikyti Karalienės Parlamente įgaliotiniais, kuriančiais teisę. Jeigu jie to nedarytų, Anglijoje būtų ne viena teisinė sistema, bet sistemų daugetas; juk iš tikrųjų tik dėl to, kad Karalienė Parlamente šia prasme turi aukščiausiąją valdžią, palyginti su visais kitais toje teritorijoje, Anglijoje yra vieninga sistema, kurioje galima įžvelgti aukštesniųjų ir pavaldžių elementų hierarchiją.

Toks pat negatyvus Karalienės Parlamente apibūdinimas, kad ji iš įpročio *ne*paklūsta niekieno kito įsakymams, apytikriai nusako ir *nepriklausomybės* sąvoką, kurią mes vartojame kalbėdami apie įvairių šalių skirtingas teisines sistemas. Aukščiausioji Sovietų Sąjungos įstatymų leidybos institucija nėra pratusi paklusti Karalienei Parlamente; kad ir ką Karalienė Parlamente nuspręstų dėl Sovietų Sąjungos reikalų (nors tai ir būtų Anglijos teisės dalis), tai nebūtų

tymų leidybos srityje, yra itin ribotos), bet Parlamentas, veikdamas jos vardu, tarsi pripažįsta ją ten esant ir vadovaujant jo veiklai. Anglijos konstitucinėje praktikoje yra išlikę daug elementų, liudijančių tokią monarcho, kaip formalaus suvereno, funkciją, kai monarchas, kuris pats faktiškai neatlieka tam tikrų veiksmų, savo autoritetu legitimizuoja kitų asmenų arba institucijų veiklą. Kartais iš monarcho reikalaujama tik tam tikro simbolinio akto (pavyzdžiui, karalienės kalbos Parlamente, pradedant kasmetinę Parlamento sesiją), bet dažniausiai nereikia ir jo. Monarcho autoriteto transferencija liudija pagarbos monarchijos institutui (interpretuojamos kaip pagarba valstybingumui) tradiciją. Kita vertus, ji atspindi tam tikrų politinių veikėjų siekį (beje, visuomenės vertinamą pozityviai ir jau irgi tapusį tradicija) savo veiklos legitimumą pelnyti per monarcho autoritetą (pavyzdžiui, Parlamento dauguma ir jos suformuota vyriausybė vadinama *Her Majesty's Government,* t.y. *Jos Didenybės vyriausybe,* o opozicinės parlamentinės partijos ir jų suformuota šešėlinė vyriausybė – *Her Majesty's Opposition,* t.y. *Jos Didenybės opozicija*). Kita vertus, *karalienė Parlamente* istorijos požiūriu nėra visiškai „nekaltas" posakis, tik „dar labiau" legitimizuojantis tam tikrų politinių veikėjų ir institucijų veiklą; jis, kaip ir vyriausybės, vykdomosios valdžios, veiklą legitimizuojantis posakis *Karalienė Slaptojoje taryboje (Queen in the Privy Council),* mena absoliutizmo laikus.

SSRS teisės dalis. Taip būtų tik tuo atveju, jeigu SSRS įstatymų leidybos institucija iš įpročio paklustų Karalienei Parlamente.

Pasak šio paprasto aiškinimo, kurį mes vėliau turėsime kritiškai išanalizuoti, ten, kur yra teisinė sistema, turi būti tam tikri asmenys arba asmenų organizacijos, duodančios grasinimais paremtus bendro pobūdžio įsakymus, kuriems visuotinai paklūstama; be to, turi būti visuotinai tikima, kad nepaklusimo atveju šie grasinimai bus įvykdyti. Šis asmuo arba organizacija turi turėti aukščiausiąją valdžią valstybės viduje ir būti išoriškai nepriklausomi. Jeigu, sekdami Austinu, tokį aukščiausiąją valdžią turintį ir nepriklausomą asmenį arba asmenų organizaciją vadinsime suverenu, tai bet kurios valstybės įstatymai bus suvereno arba jo valdinių, kurie veikdami paklūsta suverenui, grasinimais paremti bendro pobūdžio įsakymai.

III

ĮSTATYMŲ ĮVAIROVĖ

Jeigu tokiose šiuolaikinėse sistemose, kaip Anglijos teisė, aptinkamą skirtingų teisės rūšių įvairovę imtume lyginti su paprastu ankstesniajame skyriuje sukonstruotu prievartinių įsakymų modeliu, susidurtume su gausybe prieštaravimų. Juk iš tikrųjų ne visi įstatymai liepia žmonėms ką nors daryti arba nedaryti tam tikrų dalykų. Tad ar nebūtų klaida skirstyti įstatymus į suteikiančius privatiems asmenims teisę sudaryti testamentus, sutartis ar santuokas ir suteikiančius galią pareigūnams, pavyzdžiui, teisėjui – nagrinėti bylas, ministrui – nustatyti taisykles, o grafystės tarybai – kurti įstatus? Iš tikrųjų ne visi įstatymai yra kieno nors išleidžiami ir ne visi jie išreiškia kieno nors troškimą, kaip mūsų modelio bendro pobūdžio įsakymai. Neteisinga būtų šitaip apibūdinti paprotį, kuris daugelyje teisinių sistemų užima nors ir kuklią, tačiau jam priklausančią vietą. Be abejo, netgi tada, kai įstatymai sukurti apgalvotai, jie neturi būti vien tik įsakymai, duodami *kitiems*. Argi įstatymai dažnai nesuvaržo pačių įstatymų leidėjų? Pagaliau argi tam, kad išleistieji įstatymai būtų įstatymai, jie iš tikrųjų turi išreikšti tikruosius įstatymų leidėjo troškimus, ketinimus ar norus? Argi aktas, išleistas laikantis nustatytos tvarkos, nebus įstatymas, jeigu (kaip tai atsitiko su daugeliu Anglijos Finansų akto straipsnių) tie, kurie už jį balsavo, net nežinojo, ką jis reiškia?

Tokie yra kai kurie svarbiausieji iš daugelio įmanomų prieštaravimų. Akivaizdu, kad, norint į juos atsižvelgti, būtina šiek tiek modifikuoti pradinį paprastą modelį, o kai į visus šiuos prieštaravimus bus atsižvelgta, mes tikriausiai įsitikinsime, jog grasinimais paremtų bendro pobūdžio įsakymų sąvoka bus neatpažįstamai pakitusi.

Mūsų minėtus prieštaravimus galima suskirstyti į tris pagrindines grupes. Kai kurie iš jų kyla dėl įstatymų *turinio,* kiti – dėl jų *kilmės formų,* o dar kiti – *dėl taikymo ribų.* Šiaip ar taip, *atrodo*, kad visose teisinėse sistemose yra įstatymų, kurie vienu ar daugiau iš šių trijų aspektų skiriasi nuo mūsų sukonstruotojo bendro pobūdžio įsakymų modelio. Toliau šiame skyriuje mes atskirai aptarsime šiuos tris prieštaravimų tipus. Dar kitame skyriuje mes pateiksime fundamentalesnę kritiką ir įrodysime, kad visa įpročio paklusti aukščiausiajam ir nepriklausomam suverenui koncepcija, kuria remiasi šis modelis, yra neteisinga (jau nekalbant apie prieštaravimus dėl turinio, kilmės formų ir taikymo ribų), nes visos iš tikrųjų egzistuojančios teisinės sistemos mažai kuo atitinka šį modelį.

1. Teisės turinys

Baudžiamoji teisė yra toks dalykas, kuriam mes arba paklūstame, arba nepaklūstame, o apie tai, ko reikalauja jos normos, mes kalbame kaip apie „pareigą“. Jeigu mes nepaklūstame, sakoma, kad mes „sulaužėme“ įstatymą, o tai, ką mes padarėme, vadinama „neteisingumu“ teisės požiūriu, arba „pareigos sulaužymu“, arba „nusižengimu“*.

* Harto čia vartojamas anglų kalbos žodis *offence* reiškia ir *nusižengimą,* ir *užpuolimą;* į lietuvių kalbą jis neretai verčiamas *pažeidimas.* Tačiau tai nėra tikslus, ar bent vienintelis, *termino vertimas,* o tik labiausiai įprasto lietuviško termino vartojimas žymėti reiškiniui, kuris kitoje kalboje interpretuojamas kitaip (taigi ir kitaip suvokiamas *kitokio* mentaliteto).

Baudžiamasis įstatymas atlieka tam tikrą socialinę funkciją – jis nustato ir apibrėžia tam tikras elgesio rūšis kaip tai, ko tie, kuriems šis įstatymas taikomas, turi vengti arba ką jie turi daryti, nesvarbu, kokie yra jų pačių norai. Bausme arba „sankcija", kurią įstatymas sieja su baudžiamojo įstatymo sulaužymais ar pažeidimais, siekiama (nors bausmė gali turėti ir kitų tikslų) pateikti vieną motyvą susilaikyti nuo šios veiklos. Visais šiais požiūriais galima bent jau įžvelgti aiškų panašumą tarp baudžiamosios teisės bei jos sankcijų ir mūsų modelio grasinimais paremtų bendro pobūdžio įsakymų. Taip pat yra tam tikras panašumas (nepaisant daugelio svarbių skirtumų) tarp tokių bendro pobūdžio įsakymų ir deliktinės teisės*, kurios pirmutinis tikslas

Hartas, atrodo, tyčia stengėsi neakcentuoti skirtumo tarp dviejų šio žodžio prasmių: jam *offence* – tai toks *nusižengimas,* kai *užpuolama* teisinė tvarka arba atskiri jos subjektai, arba elementai (priešingu atveju jis tikriausiai nebūtų ignoravęs alternatyvaus termino *violation*); „klasikiniu" arba „tipišku" *offence* pavyzdžiu galėtume laikyti paties suvereno „užpuolimą", tiesiogiai ar netiesiogiai ignoruojant jo – suvereno – nustatytą teisinę tvarką. Apskritai šie terminai atspindi ir tam tikrą tautinio mentaliteto aspektą: teisė išreiškia ir įkūnija ne tik tam tikras vertybes *per se,* bet ir šių vertybių formą, logiškai nulemtą tautos kultūrinės patirties, kurios semantinė išraiška (arba tiesiog tekstas) yra kalba. „Įdomu, kad lietuvių kalba ir joje glūdintis mentalitetas įstatymo pažeidimą sieja su kalte, ką ir rodo žodis *nusikaltimas,* pats savaime visiškai nekonkretizuojantis nusikaltimo ir kaltės turinio, – rašo Leonidas Donskis; – anglų kalba nusikaltimą *(crime)* ir nusikaltėlį *(criminal)* išvis atskiria nuo kaltės *(guilt);* o rusų kalbos žodis *prestupnik* siejamas su pamatiniu žodžiu *prestuplenije,* reiškiančiu peržengimą leistinų ir galimų ribų, žyminčių asmens laisvę, – čia nusikaltėlis *(prestupnik < prestupit')* yra tiesiog žmogus, nepasitenkinęs sociumo nubrėžtomis jo personalinės laisvės ribomis, todėl ir ryžęsis jas peržengti – nusikaltimas yra laisvės-iššūkio ir laisvės-atsako konflikto kulminacinis taškas, ryškiausia šio konflikto apraiška; beje, išdėstytajai sampratai savo reikšme gan artimas lietuviškas žodis *nusižengimas,* bet jis žymi tik menką nusikaltimą; tiesa, anglų kalbos žodis *offence,* reiškiąs nusižengimą bei įžeidimą, taip pat žymi lemtingos ribos peržengimą" (L. Donskis. *Moderniosios sąmonės konfigūracijos. Kultūra tarp mito ir diskurso.* – Vilnius: Baltos lankos, 1994. – P. 21, išnaša).

* Vadinamoji deliktinė teisė *(the law of torts)* – ypatinga bendrosios teisės sistemų teisės atmaina, arba šaka. Ji nėra visiškai adekvati romanų ir germanų teisinių sistemų deliktinei teisei, kuri pirmiausia interpretuo-

yra sudaryti galimybes asmenims gauti kompensaciją už žalą, patirtą dėl kitų elgesio. Čia taip pat apie normas, apibrėžiančias, kokį elgesį reikia laikyti sukėlusiu neteisėtas pasekmes, sakome, kad jos nustato asmenims „pareigas" (arba rečiau – „prievoles") susilaikyti nuo tokio elgesio, nesvarbu, ko jie patys nori. Patį šį elgesį mes vadiname „pareigos sulaužymu", o kompensaciją arba kitas teisinio poveikio priemones – „sankcija". Bet yra svarbių teisės rūšių, kur tokio panašumo su grasinimais paremtais įsakymais apskritai nelieka, nes jos atlieka visiškai kitą socialinę funkciją. Teisės normos, apibrėžiančios būdus, kuriais sudaromos teisėtos sutartys arba testamentai, arba santuokos, nereikalauja, kad asmenys elgtųsi tam tikru būdu, nesvarbu, nori jie to ar ne. Tokie įstatymai nenustato pareigų ar prievolių. Visai ne: suteikdami individams teisines galias laikantis tam tikrų nustatytų procedūrų ir paklūstant tam tikroms sąlygoms kurti teisių ir pareigų struktūras teisės prievartinės sistemos ribose, jie sukuria *mechanizmus,* padedančius individams įgyvendinti savo norus.

Šitokiu būdu individams suteikta galia sutartimis, testamentais, santuokomis ir kt. įforminti savo teisinius santykius su kitais yra vienas iš didžiausių teisės nuopelnų socialiniam gyvenimui; kartu tai yra tas teisės bruožas, kuris užtemdomas visą teisę traktuojant kaip grasinimais paremtus įsakymus. Šį esminį skirtumą tarp įstatymų, suteikiančių tokias galias, ir baudžiamojo įstatymo funkcijų galima įžvelg-

jama kaip civilinės teisės sudedamoji dalis, jau vien dėl to, kad bendrosios teisės sistemoje apskritai nėra civilinės teisės kaip vieningos sudedamosios visos teisinės sistemos dalies (šakos, arba posistemio), kur bet kokią žalą iš principo galima įvertinti pinigais kaip *nuostolius (damages).* Be to, kadangi *tort* bendriausia šio termino prasme yra tiesiog deliktas, šis terminas apima ne tik deliktą (ir juo padarytą žalą) „civiline" šio termino prasme, bet ir kitokias veikas (reguliuojamas baudžiamosios, administracinės ir kt. teisės normų); taigi „anglų ir amerikiečių" deliktinė teisė negali būti vien civilinių deliktų ir su jais susijusių atsakomybės santykių teisė.

ti daugeliu mūsų įprastinio kalbėjimo apie šią įstatymų rūšį atvejų. Sudarydami testamentą, mes galime „laikytis" arba „nesilaikyti" 1837 m. Testamentų akto 9-ojo skirsnio nuostatos, nustatančios liudytojų skaičių. Jeigu mes jos nesilaikysime, mūsų sukurtas dokumentas nebus „galiojantis", teises ir pareigas sukuriantis testamentas; jis bus „niekinis", neturintis teisinės „galios" ir nesukeliantis teisinių „pasekmių". Bet nors jis ir yra niekinis, tačiau tai, kad mes nesilaikėme įstatymo reikalavimų, nėra jokios prievolės ar pareigos „sulaužymas" arba „pažeidimas", arba „nusižengimas", ir jeigu mes taip manytume, tai tik sukeltų painiavą.

Įsigilinę į įvairias teisės normas, suteikiančias teisinę galią privatiems asmenims, pamatytume, kad pačios šios normos gali būti suskirstytos į keletą rūšių. Antai galia sudaryti testamentus ar sutartis remiasi norma, susijusia su *teisnumu* arba asmens kvalifikacijos minimumu (pavyzdžiui, jis turi būti pilnametis arba pakaltinamas), privalomu tiems, kurie šias galias realizuoja. Kitos normos smulkiai nusako būdą ir formą, kaip ši galia turi būti realizuojama, ir nustato, ar testamentai ir sutartys gali būti sudaryti žodžiu, ar raštu, o jeigu raštu, tai koks turi būti jų įforminimo bei patvirtinimo būdas. Dar kitos normos nustato teisių ir pareigų, kurias individai gali sukurti tokiais teisiniais aktais, struktūros įvairovės ribas, jų maksimalią arba minimalią trukmę. Tokių normų pavyzdžiai yra viešosios politikos normos sutarčių atžvilgiu arba normos, nukreiptos prieš pagal testamentą arba sandorį galinčią atsirasti akumuliaciją*.

Vėliau mes aptarsime teisininkų mėginimus šiuos mechanizmus sukuriančius arba galias suteikiančius įstatymus, teigiančius: „Jeigu jūs norite tai daryti, darykite tai šitaip",

* *Akumuliacijos* (kartais *kumuliacijos*) *(accumulation* arba *cumulation)* terminas bendrosios teisės šalyse vartojamas labai įvairiomis prasmėmis; čia turimas omenyje skirtingų asmenų teisių į tą patį turtą sutapimas (materialinėje teisėje) arba kelių ieškinių sujungimas (procesinėje teisėje).

asimiliuoti su baudžiamaisiais įstatymais, kurie, kaip ir grasinimais paremti įsakymai, teigia: „Darykite tai, nesvarbu, ar jūs to norite, ar ne“. Tačiau čia mes aptarsime dar vieną rūšį įstatymų, kurie irgi suteikia teisines galias, bet, skirtingai nuo jau aptartųjų, šios galios savo prigimtimi yra ne privačios, o viešos, arba oficialios. Jų pavyzdžių galima aptikti visose trijose – teismo, įstatymų leidybos ir valdymo – srityse, į kurias tradiciškai, nors ir neapibrėžtai, yra skirstoma valdžia.

Pirmiausia aptarkime tuos įstatymus, kuriais remiasi bendrosios teisės teismo veikla. Teismo atveju kai kurios normos apibrėžia teisėjo jurisdikcijos dalyką ir turinį, arba, kaip mes sakome, suteikia jam „teisę nagrinėti“ tam tikrų rūšių bylas. Kitos normos apibrėžia teisėjo skyrimo į pareigas būdą, šioms pareigoms eiti reikalingas kvalifikacijas ir šių pareigų ėjimo trukmę. Dar kitos išdėsto teisėjo elgesio kanonus ir nustato procedūrą, kurios turi laikytis teismas. Tokių normų, kurios sudaro kažką panašaus į teismo kodeksą, pavyzdžių galima aptikti 1959 m. Grafysčių teismų akte, 1907 m. Baudžiamojo apeliacinio teismo akte arba Jungtinių Valstijų kodekso* 28-ajame skyriuje. Matydami šiuose

* *Kodeksu* (lot. *codex*, angl. *code)* paprastai vadinamas įstatymas arba įstatymų rinkinys (sąvadas), kuriame susistemintos tam tikros teisės šakos (srities) normos, t.y. jos išdėstytos pagal tam tikrus vieningus kriterijus, siekiant sukurti jų nuoseklią sistemą ir išvengti galimų teisės spragų, kompleksiškai reguliuoti tam tikrą socialinio gyvenimo sritį. Romanų ir germanų teisės tradicijos šalyse (pirmiausia kontinentinėje Europoje, kartu ir Lietuvoje) kodeksas formaliai turi tokią pat teisinę galią, kaip ir kiti įstatymai (tačiau jo autoritetas paprastai būna didesnis). Bendrosios teisės šalyse kodeksais kartais vadinami ne tik susisteminti įstatymai, bet ir visi teisės normų rinkiniai, kuriuose šios normos yra susistemintos pagal teisinio reguliavimo dalyką. Kai kada kodeksais gali būti vadinami net ir neoficialūs (t.y. privačių asmenų ar organizacijų sudaryti) teisės normų rinkiniai; nors tokie neoficialūs rinkiniai patys neturi įstatymo galios, tačiau neretai jie cituojami ar kitaip nurodomi kaip teisės šaltiniai. *Jungtinių Valstijų kodeksas (U.S. Code)* – svarbiausias (po Konstitucijos) JAV federalinės teisės šaltinis, kuriuo paprastai remiasi teismai. Iki 1926 m. visi federaliniai įstatymai buvo inkorporuoti į vieną dar 1875 m. sudarytą

įstatymuose suformuluotų nuostatų, skirtų bendrosios teisės teismo sandarai ir normaliai veiklai, įvairovę, galime tik džiaugtis. Tik labai nedaugelis iš jų iš pirmo žvilgsnio pri-

rinkinį – vadinamąjį *Peržiūrėtųjų įstatymų sąvadą (Revised Statutes)* bei jį nuolat papildančius reguliarius naujų įstatymų chronologinius rinkinius, vadinamuosius *Pilnus įstatymų rinkinius (Statutes at Large)*. 1925 m. JAV Kongresas nusprendė parengti vieningą ir sistemingą Jungtinių Valstijų kodeksą. Šis darbas buvo patikėtas Kongreso specialiai paskirtam pareigūnui – *Įstatymų revizoriui (Revisor of Statutes)*, kuris iš 1875 m. *Peržiūrėtųjų įstatymų rinkinio* išrinko visas iki tol nepakeistas ir nepanaikintas normas, o iš visų nuo 1873 m. išleistų *Pilnų įstatymų rinkinių* – visas tuo metu dar tebegaliojusias normas ir sujungė jas į vieną rinkinį, Jungtinių Valstijų kodeksą, išdėstydamas jas penkiasdešimtyje skirsnių pagal teisinio reguliavimo dalyką. Pirmasis Jungtinių Valstijų kodeksas pasirodė 1926 m.; jo buvo keturi tomai. Be to, kasmet būdavo išleidžiamas analogiškos struktūros kumuliatyvinis naujai įsigaliojusių normų rinkinys – oficialus Jungtinių Valstijų kodekso papildymų sąvadas, kuriuo buvo galima remtis taip pat, kaip ir pačiu Jungtinių Valstijų kodeksu (tai buvo oficialūs šio kodekso priedai). 1932 m. šie papildymų priedai buvo inkorporuoti į Jungtinių Valstijų kodeksą, ir tai buvo naujoji oficiali Jungtinių Valstijų kodekso laida *(U.S. Code, 1932 ed.)*. Nuo tol kas šešeri metai išleidžiama nauja Jungtinių Valstijų kodekso laida, o kasmet – jo papildymų priedas. Be šio svarbaus JAV federalinių įstatymų rinkinio, leidžiamas ir *Anotuotasis Jungtinių Valstijų kodeksas (United States Code Annotated*, arba *U.S.C.A.)* – daugiatomis veikalas, atkartojantis visą Jungtinių Valstijų kodekso tekstą, bet papildantis jį nuorodomis į federaliniu ar net valstijų lygiu spręstas bylas, kuriose buvo taikomos atitinkamos Jungtinių Valstijų kodekso normos, kryžminėmis nuorodomis į kitus Jungtinių Valstijų kodekso skirsnius, taip pat istorinio pobūdžio pastabomis bei bibliografinėmis nuorodomis. Anotuotasis Jungtinių Valstijų kodeksas irgi yra reguliariai atnaujinamas, jį taip pat nuolat papildo oficialus periodinis biuletenis – *„Kongreso ir administracijos žinios dėl Jungtinių Valstijų kodekso" („United States Code Congressional and Administrative News")*. Daugelis valstijų taip pat yra išleidusios ir periodiškai atnaujina savus kodeksus, kuriuose inkorporuoti ne tik įstatymai, bet ir bendrosios teisės teismų precedentai, o kartais – ir vykdomosios valdžios aktai. Taigi Jungtinėse Amerikos Valstijose kodekso terminas paprastai žymi ne atskirą įstatymą (kaip Lietuvoje), bet įvairių teisės aktų sąvadą; tačiau pažymėtina, kad kodeksais gali būti vadinamos ir atskiros šio faktiškai visa apimančio sąvado dalys, pavyzdžiui, *Baudžiamojo proceso kodeksas (Code of Criminal Procedure)* yra tiesiog Jungtinių Valstijų kodekso aštuonioliktasis skirsnis. Kita vertus, kartais Jungtinėse Amerikos Valstijose kodeksais vadinami ir atskiri susistemint įstatymai, kaip antai *Vieningasis komercinis kodeksas (Uniform Commercial Code);* jie, beje, irgi gali būti inkorporuojami į Jungtinių Valstijų kodeksą.

mena teisėjui duodamus įsakymus ką nors daryti ar susilaikyti nuo tam tikrų dalykų; tačiau, žinoma, nėra jokios priežasties, dėl kurios įstatymas negalėtų specialiomis normomis uždrausti teisėjui peržengti savo jurisdikcijos ribas arba nagrinėti bylą, kuria jis yra finansiškai suinteresuotas, ir nustatyti už tai bausmę; tokios normos, nustatančios minėtąsias teisines pareigas, papildytų tas, kurios teisėjui suteikia teismo galią ir apibrėžia jo jurisdikciją. Juk tokias galias suteikiančių normų paskirtis yra ne sulaikyti teisėjus nuo netinkamo elgesio, bet apibrėžti teismo sprendimų galiojimo sąlygas bei ribas.

Smulkiau panagrinėti tipišką nuostatą, apibrėžiančią teismo jurisdikcijos apimtį, būtų pamokantis dalykas. Kaip labai paprastą pavyzdį imkime 1959 m. Grafysčių teismų akto (su pataisomis) skirsnį, suteikiantį grafysčių teismams jurisdikciją nagrinėti bylas dėl žemės vindikacijos. Jo formuluotė, labai tolima „įsakymams", yra tokia.

> Grafystės teismas turi jurisdikciją nagrinėti bet kokį ieškinį dėl žemės vindikacijos ir priimti dėl jo sprendimą, jeigu ginčijamos įkainotos žemės grynoji metinė vertė neviršija vieno šimto svarų[14].

Jeigu grafystės teismo teisėjas peržengia savo jurisdikcijos ribas nagrinėdamas bylą dėl žemės, kurios metinė vertė yra didesnė kaip 100 svarų, vindikacijos ir dėl tokios žemės išleidžia įsakymą*, nei jis, nei bylos šalys nepadaro *nusižengimo.* Tačiau ši situacija nėra visiškai tokia pati kaip ta, kuri susiklosto, privačiam asmeniui padarius kokį nors dalyką, kuris yra „niekinis" dėl to, kad asmuo nesilaikė tam tikros esminės sąlygos, įteisinančios tam tikros teisinės galios re-

[14] 48 (1) skirsnis.

* Šiuo atveju *įsakymo (order)* terminas vartojamas pačia bendriausia prasme; konkrečiu atveju tai gali būti sprendimas, nutarimas, nutartis, nuosprendis ir pan.

alizavimą. Jeigu būsimasis testatorius nepasirašo testamento arba neranda savo testamentui dviejų liudytojų, tai, ką jis parašo, neturi teisinės reikšmės arba nesukelia teisinių pasekmių. Tačiau teismo sprendimas, net jeigu jis aiškiai peržengia nustatytas teismo jurisdikcijos ribas, vertinamas visai kitaip. Be abejonės, viešosios tvarkos interesai reikalauja, kad netgi tada, kai teismas teisės požiūriu negalėjo priimti tam tikro sprendimo, šis teismo sprendimas būtų laikomas turinčiu teisinę galią tol, kol aukštesnysis teismas pripažins jį negaliojančiu. Todėl tol, kol apeliacine tvarka jis nėra panaikintas kaip šprendimas, padarytas viršijus jurisdikciją, šalimš tai yra galiojantis sprendimas, kurį reikės vykdyti. Bet jis turi teisinę ydą: apeliacinė instancija *privalo* jį „anuliuoti" arba atmesti, nes yra viršyta jurisdikcija. Reikia pažymėti, kad yra svarbus skirtumas tarp to, kas Anglijoje paprastai vadinama žemesniojo teismo sprendimo „panaikinimu" aukštesniajame teisme, ir sprendimo „anuliavimo" dėl to, kad buvo viršyta jurisdikcija. Jeigu sprendimas panaikinamas, taip atsitinka dėl to, kad tai, ką žemesnysis teismas pareiškė arba apie byloje taikomą įstatymą, arba apie jos faktus, laikoma klaidinga. Bet žemesniojo teismo sprendimas, anuliuotas dėl to, kad buvo viršyta jurisdikcija, gali būti nepriekaištingas abiem šiais atžvilgiais. Klaidinga yra ne tai, *ką* žemesniojo teismo teisėjas pareiškė arba nusprendė, bet tai, kad *jis* tai pareiškė arba nusprendė. Jis pabandė padaryti tai, kam neturėjo teisinių įgalinimų, nors tokius įgalinimus gali turėti kiti teismai. Bet viešosios tvarkos interesai reikalauja, kad sprendimas, priimtas viršijus jurisdikciją, galiotų tol, kol jį anuliuos aukštesnysis teismas, ir tai dar labiau komplikuoja situaciją, nes jurisdikciją nustatančių normų atitikimas arba neatitikimas primena normų, apibrėžiančių sąlygas, kuriomis privatūs asmenys gali realizuoti savo teisines galias, atitikimą arba neatitikimą.

Žodžiai „paklusti“ ir „nepaklusti“, labiau tinkantys baudžiamajai teisei, kurios normos analogiškos įsakymams, prastai apibūdina normos ir ją atitinkančio elgesio ryšį.

Panašus tokios teisės normos, kurią nebent tik iškraipant galima sulyginti su bendro pobūdžio įsakymais, pavyzdys yra įstatymas, suteikiantis legislatyvines teises žemesniajai įstatymų leidybos institucijai. Čia vėl, kaip ir privačių teisių realizavimo atveju, sąlygų, kurias nustato legislatyvines teises suteikiančios normos, atitikimas yra žingsnis, primenantis žaidimo, tarkime, šachmatų, „ėjimą“; sistema įgalina asmenis pasiekti pasekmes, kurias galima apibrėžti normų požiūriu. Įstatymų leidyba yra „veiksmingas“ arba efektyvus teisinių galių realizavimas kurians juridines teises ir pareigas. Dėl kompetenciją suteikiančios normos sąlygų neatitikimo tai, kas sukurta, netenka galios ir todėl tampa niekiniu šio tikslo atžvilgiu.

Kadangi normos, kuriomis remiasi legislatyvinių galių realizavimas, turi reguliuoti daugelį įvairių įstatymų leidybos aspektų, šios normos yra dar įvairesnės negu tos, kuriomis remiasi teismo jurisdikcija. Antai kai kurios normos apibrėžia, kas gali būti legislatyvinių galių realizavimo dalykas; kitos – įstatymų leidybos institucijos narių kvalifikacijas arba tapatybę; dar kitos – įstatymų leidybos būdą ir formą, taip pat procedūrą, kurios turi laikytis įstatymų leidybos institucija. Tai tik keletas svarbių dalykų; pažvelgę į bet kurį įstatymą, pavyzdžiui, į 1882 m. Municipalinių korporacijų aktą, suteikiantį ir apibrėžiantį žemesnės įstatymų leidybos arba normas kuriančios institucijos galias, jų pastebėsime kur kas daugiau. Tokių normų neatitikimo pasekmės gali būti ne visuomet vienodos, bet visuomet bus tam tikros normos, kurių nesilaikant mėginimas realizuoti legislatyvines galias duos niekinį rezultatą arba, kaip buvo žemesniojo teismo sprendimo atveju, jis turės būti paskelb-

tas negaliojančiu. Kartais įstatymo gali būti nustatyta, jog pakanka pažymėjimo, kad buvo laikomasi nustatytų procesinių reikalavimų, kaip yra vidaus procedūros dalykuose; tačiau kartais asmenims, dalyvavusiems įstatymų leidyboje, nors normos tokios teisės jiems nesuteikė, gali tekti skirti bausmę pagal specialiąsias baudžiamosios teisės normas, kurios tokią veiklą laiko nusižengimu. Bet yra esminis, nors šių komplikacijų iš dalies ir maskuojamas, skirtumas tarp legislatyvines galias suteikiančių ir jų realizavimo būdą apibrėžiančių normų ir baudžiamosios teisės normų, kurios vis dėlto yra panašios į grasinimais paremtus įsakymus.

Šių dviejų bendrų normų tipų asimiliavimas kartais gali būti groteskiškas. Jeigu įstatymų leidybos institucijai pateiktas projektas gauna reikalaujamą balsų daugumą ir todėl yra nustatyta tvarka priimamas, nei tie, kurie balsavo už projektą, „pakluso" įstatymui, reikalaujančiam sprendimą priimti balsų dauguma, nei tie, kurie balsavo prieš, pakluso jam arba nepakluso; žinoma, tas pat pasakytina ir tada, kai projektas negauna reikalaujamos daugumos ir joks įstatymas nėra priimamas. Esminis skirtumas tarp tokių, kaip šios, normų funkcijų neleidžia vartoti terminijos, tinkamos apibūdinti elgesiui baudžiamosios teisės normų atžvilgiu.

Mums dar reikia sukurti tokią šiuolaikinę teisinę sistemą sudarančių įvairių teisės atmainų išsamią ir smulkią taksonomiją, kuri nesivadovautų išankstine nuostata, kad viską *reikia* redukuoti į vienintelį paprastą tipą. Atskirdami tam tikrus įstatymus, kuriuos labai bendrai pavadinome galias suteikiančiais įstatymais, nuo tų, kurie nustato pareigas ir yra panašūs į grasinimais paremtus įsakymus, mes žengėme tik pirmąjį žingsnį. Bet tikriausiai padarėme pakankamai, kad parodytume, jog kai kuriuos skiriamuosius teisinės sistemos bruožus lemia tai, kokias nuostatas, susijusias su privačių ar viešųjų teisinių galių realizavimu, formuluoja šio

tipo normos. Jeigu nebūtų šios būdingos rūšies normų, nebūtų ir kai kurių mums labai gerai žinomų socialinio gyvenimo sąvokų, nes šios sąvokos logiškai suponuoja tokių taisyklių buvimą. Jeigu nebūtų privalomų baudžiamųjų įstatymų, primenančių grasinimais paremtus įsakymus, tai nebūtų nusikaltimų ir nusižengimų, vadinasi, ir žmogžudysčių bei vagysčių; lygiai taip pat, jeigu nebūtų galias suteikiančių normų, nebūtų ir pirkimo, pardavimo, dovanojimo, testamentų ir santuokų, nes pastarieji dalykai, kaip ir teismų sprendimai arba teisę kuriančių institucijų aktai, yra tik teisėtas teisinių galių realizavimas.

Ir vis dėlto jurisprudencijoje stipriai jaučiamas vienodumo siekimas, o kadangi toks siekimas anaiptol nėra blogas, mums reikia aptarti du didžiųjų teisininkų pasiūlytus alternatyvius argumentus jo naudai. Šių argumentų tikslas – parodyti, kad mūsų akcentuotasis skirtumas tarp teisės atmainų yra paviršutiniškas, o gal net nerealus ir kad grasinimais paremtų įsakymų sąvoka „galų gale“ vienodai tinka analizuoti ir baudžiamosios teisės normoms, ir galias suteikiančioms normoms. Kaip ir daugelyje ilgą laiką jurisprudencijoje dominavusių teorijų, šiuose argumentuose yra tiesos dalelė. Mūsų išskirtos dvi teisės normų rūšys iš tikrųjų kai kuriais atžvilgiais yra panašios. Abiem atvejais veiksmus galima kritikuoti arba vertinti normų atžvilgiu kaip teisės požiūriu „teisingus“ arba „neteisingus“. Ir galias suteikiančios normos, reguliuojančios testamento sudarymą, ir baudžiamosios teisės norma, nustatanti bausmę už smurtinį užpuolimą, yra *matai,* kuriais remiantis galima kritiškai vertinti tam tikrus veiksmus. Tikriausiai kaip tik tai turima omenyje, ir vienas, ir kitas vadinant normomis. Be to, svarbu suprasti, kad nors galias suteikiančios normos skiriasi nuo pareigas nustatančių ir dėl to šiek tiek panašių į grasinimais paremtus įsakymus normų, jos visuomet yra susijusios su šiomis normomis; juk jų suteikiamos galios yra galios

kurti antrosios rūšies bendro pobūdžio normas arba nustatyti pareigas konkretiems asmenims, kurie priešingu atveju nebūtų tokių pareigų subjektai. Tai ypač akivaizdu tuo atveju, kai suteikiama galia yra tai, ką mes paprastai vadiname teise leisti įstatymus. Nors ir nevisiškai tiksliai, tačiau galima teigti, kad tokios normos, kaip baudžiamosios teisės, nustato pareigas, o galias suteikiančios normos sudaro galimybę šias pareigas sukurti.

Pripažinimas niekiniu kaip sankcija

Pirmasis argumentas, kuriuo siekiama parodyti esminį dviejų normų rūšių tapatumą ir interpretuoti jas abi kaip prievartinius įsakymus, akcentuoja „pripažinimą niekiniu", jeigu kokia nors esminė galios realizavimo sąlyga nėra patenkinama. Įrodinėjama, kad tai yra tarsi baudžiamosios teisės numatyta bausmė, pažadėtasis blogis ar įstatymo nustatyta sankcija už normos sulaužymą; tačiau sutinkama, kad tam tikrais atvejais ši sankcija gali sudaryti tik mažytį nepatogumą. Kaip tik šia prasme mums siūloma vertinti tokią situaciją, kai koks nors asmuo vadovaudamasis įstatymu siekia, kad jam duotas pasižadėjimas būtų tesimas, nes taip įpareigoja sutartis, bet nusivilia sužinojęs, kad teisės požiūriu šis rašytinis pasižadėjimas yra niekinis, nes nebuvo patvirtintas antspaudu ir jis už jį nesumokėjo jokio atlyginimo. Panašiai apie normą, nustatančią, kad testamentas, sudarytas nedalyvaujant dviem liudytojams, negalioja, turime manyti, esą ji verčianti testatorius nenukrypti nuo Testamentų akto 9-ojo skirsnio reikalavimų, lygiai kaip paklusti baudžiamajai teisei mus verčia mintis, jog galime būti įkalinti.

Niekas negali paneigti, jog kai kuriais atvejais galima įžvelgti tokį ryšį tarp pripažinimo niekiniu ir tam tikrų psichologinių veiksnių, tokių kaip vilties, kad sandoris galios, žlugimas. Ir vis dėlto toks sankcijos idėjos išplėtimas, kad

ji apimtų pripažinimą niekiniu, yra painiavos šaltinis (ir jos požymis). Gerai žinomi kai kurie menkesni prieštaravimai tokiam požiūriui. Antai dažnai pripažinimas niekiniu gali nebūti „blogis" tam asmeniui, kuris nesilaikė tam tikros sąlygos, kad aktas teisiškai galiotų. Teisėjas gali būti materialiai nesuinteresuotas savo sprendimo galiojimu ir būti jam abejingas; „pažadėtojo blogio" arba „sankcijos" čia gali neįžvelgti ir šalis, kuri yra įsitikinusi, kad sutartis, dėl kurios jai pateiktas ieškinys, jos nieko neįpareigoja, nes ji nebuvo sulaukusi nustatyto amžiaus arba nepasirašė dokumento, nors sudarant tam tikras sutartis tai reikalinga. Tačiau, išskyrus šiuos nesudėtingus atvejus, kuriuos, pasitelkus šiek tiek išradingumo, įmanoma suderinti, pripažinimo niekiniu dėl daug svarbesnių priežasčių negalima sulyginti su bausme, kuri siejama su norma kaip paskatą susilaikyti nuo šios normos draudžiamų veiksmų. Baudžiamosios teisės normos atveju galima identifikuoti ir skirti du dalykus – tam tikrą normos draudžiamą elgesio tipą ir sankciją, skatinančią tokio elgesio atsisakyti. Bet kaip galima vadovaujantis šiuo požiūriu vertinti tokius pageidaujamus socialinius veiksmus, kaip žmonių pasižadėjimai vieni kitiems, neatitinkantys teisinių formos reikalavimų? Tai ne tas pat, kaip elgesys, kurio skatina atsisakyti baudžiamosios teisės normos; tai nėra kažkas, ką siekiama slopinti teisės normomis, nustatančiomis sutarčių teisines formas. Normos tik atsisako tokius dalykus teisiškai pripažinti. Dar absurdiškiau būtų laikyti sankcija tą faktą, kad įstatymo projektui, negavusiam reikalingos daugumos, nepripažįstamas įstatymo statusas. Prilyginti šį faktą baudžiamosios teisės sankcijoms būtų tas pat, kaip manyti, kad žaidimo taisyklėmis, nustatančiomis, kada turi būti įskaitomi taškai, siekiama eliminuoti visus judesius, išskyrus įvarčių mušimą ir perbėgimą*.

* Kriketo ir beisbolo terminas *(run)*; gali būti ir *apibėgimas.*

Jeigu taip iš tikrųjų būtų, tai būtų galas visiems žaidimams; tačiau galias suteikiančias normas sulyginti su grasinimais paremtais įsakymais galima tik tuo atveju, jeigu manoma, kad šiomis normomis siekiama priversti žmones elgtis tam tikrais būdais, o „pripažinimas niekiniu" šias normas papildo ir yra motyvas joms paklusti.

Su požiūriu, kad pripažinimas niekiniu yra panašus į baudžiamosios teisės žadamąjį blogį arba sankcijas, susijusi painiava gali išryškėti ir kitu būdu. Baudžiamosios teisės normų atveju logiškai įmanoma ir net gali būti pageidautina, kad tokios normos būtų, net jeigu nebūtų grasinama bausme arba kitokiu blogiu. Žinoma, galima tvirtinti, kad tokiu atveju tai nebus *teisės* normos; ir vis dėlto galima aiškiai skirti tam tikrą elgesį draudžiančią normą ir nuostatą, kad sulaužius šią normą turi būti taikomos nuobaudos, taip pat numanyti, kad pirmoji egzistuoja be antrosios. Tam tikra prasme net tada, kai mes ignoruojame sankciją, išlieka atpažįstamas elgesio, kurį norma siekia palaikyti, modelis. Bet logikos požiūriu mes negalime nubrėžti skirtumo tarp normos, reikalaujančios tam tikrų sąlygų atitikimo, pavyzdžiui, testamento patvirtinimo, kad jis galiotų, ir vadinamosios „pripažinimo niekiniu" sankcijos. Tokiu atveju, jeigu šios esminės sąlygos nesilaikymas nesukeltų pripažinimo niekiniu, tvirtinimas, kad pati norma egzistuoja be sankcijų net kaip ne-teisės norma, nebūtų suprantamas. Nuostata dėl pripažinimo niekiniu pati yra šio tipo normos dalis, o pareigas nustatančią normą papildanti bausmė – nėra. Jeigu tai, kad kamuolys nepataiko tarp virpstų, nereikštų, kad įvartis „pripažįstamas niekiniu", t.y. neįmuštu, tai negalima būtų tvirtinti, kad yra žaidimo taisyklės, nustatančios, kada turi būti įskaitomi taškai.

Mūsų čia kritikuotasis argumentas yra bandymas parodyti, jog galias suteikiančios normos yra iš esmės tapačios prievartiniams įsakymams, *išplečiant* sankcijos arba paža-

dėtojo blogio prasmę, kad ji apimtų teisinio sandorio pripažinimą niekiniu, kai jis anuliuojamas dėl to, jog nebuvo laikomasi šių normų. Antrasis argumentas, kurį mes dar aptarsime, yra kitoks, jis faktiškai laikosi visiškai priešingos krypties. Užuot mėginęs parodyti, kad šios normos yra prievartinių įsakymų atmaina, šis argumentas nepripažįsta joms „teisės" statuso. Kad galima būtų jas ignoruoti, *susiaurinama* žodžio „teisė" reikšmė. Šio argumento, kurį įvairūs teisininkai pateikia labiau ar mažiau kraštutine forma, bendras turinys yra tvirtinimas, kad tai, ką netiksliai arba neprofesionalia kasdiene kalba vadiname užbaigtomis teisės normomis, iš tikrųjų yra prievartinių normų, kurios vienintelės yra „tikrosios" teisės normos, nebaigti fragmentai.

Galias suteikiančios normos kaip teisės fragmentai

Kraštutinė šio argumento forma neigia, kad net baudžiamosios teisės normos, suformuluotos tais žodžiais, kuriais jos dažnai išreiškiamos, yra tikroji teisė. Kaip tik tokia forma šį argumentą pateikė Kelsenas: „Teisė yra pirminė norma, nustatanti sankciją"[15]. Nėra teisės, draudžiančios žudyti; yra tiktai teisė, nurodanti pareigūnams tam tikromis aplinkybėmis taikyti tam tikras sankcijas tiems, kurie žudo. Šiuo požiūriu tai, kas paprastai laikoma teisės turiniu, turinčiu orientuoti paprastų piliečių elgesį, tėra ne jiems, bet pareigūnams adresuotos normos, liepiančios jiems taikyti tam tikras sankcijas, jeigu patenkinamos tam tikros sąlygos, normos hipotezė, arba „jeigu-sąlyga"*. Šiuo požiūriu, visa

[15] *General Theory of Law and State*, p. 63. Žr. p. 44.

* Hartas vartoja terminus *antecedent* ir *if-clause,* kurie čia verčiami atitinkamai *hipotezė* ir *jeigu-sąlyga* (nors pastarojo termino vertimas gali atrodyti šiek tiek gremėzdiškas). Tačiau *antecedent* lietuviškas pažodinis atitikmuo turėtų būti *visa, kas anksčiau įvyko, praeitis,* arba *ankstesnysis gyvenimas,* t.y. *antecedentas;* terminas *hipotezė* čia pasirinktas dėl to, kad mums įprastoje teisės teorijos terminijoje jis žymi teisės normos loginės

tikroji teisė yra sąlygiški įsakymai pareigūnams taikyti sankcijas. Jie visi yra tokios formos: „Jeigu padaromas arba nepadaromas, arba įvyksta X tipo dalykas, tai taikykite Y tipo sankciją".

Vis labiau detalizuojant hipotezes, arba jeigu-sąlygas, galima šia sąlygiška forma atkurti bet kurio tipo teisės normas, taip pat normas, suteikiančias privačias arba viešąsias galias ir apibrėžiančias jų realizavimo būdą. Taigi pamatysime, kad Testamentų akto nuostatos, reikalaujančios dviejų liudytojų, yra elementas, bendras daugeliui skirtingų nurodymų teismams taikyti sankcijas vykdytojui, kuris, pažeisdamas testamento nuostatas, atsisako mokėti paveldėjimo mokesčius: „jeigu ir tik jeigu yra nustatyta tvarka liudytojų patvirtintas šias nuostatas formuluojantis testamentas ir jeigu ..., tai jam turi būti taikomos sankcijos". Panašiu būdu įsitikinsime, kad teismo jurisdikcijos ribas apibrėžianti norma yra daugelio sąlygų, kurios turi būti patenkintos prieš teismui taikant kokias nors sankcijas, bendras elementas. Lygiai taip pat ir normas, suteikiančias legislatyvines galias ir apibrėžiančias įstatymų leidybos būdą ir formą (taip pat konstitucijos nuostatas dėl aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos), galima atkurti ir pavaizduoti kaip apibūdinančias tam tikras bendrąsias sąlygas, kurias įvykdžius (greta kitų) teismai turi taikyti įstatymuose numatytas sankcijas.

struktūros elementą, nurodantį faktines aplinkybes, kuriomis pradeda galioti visa teisės norma, atsiranda šios normos numatytos teisės ir pareigos, t.y. susiformuoja ne abstraktus (arba potencialus), bet realus teisinis santykis tarp konkrečių subjektų (plg. A. Aleksandrovas (ats. red.). *Valstybės ir teisės teorija.* – Vilnius: Mintis, 1972. – P. 297; S. Vansevičius (ats. red.). *Valstybės ir teisės teorija.* – Vilnius: Mintis, 1989. – P. 90). Nors Hartas (ir kiti autoriai, kurių pažiūras jis analizuoja, pavyzdžiui, Kelsenas) ir neapibūdina hipotezės kaip teisės normos *elemento*, t.y. kaip jos sudedamosios dalies, bet laiko ją tik normos galiojimo *prielaida* („jeigu-sąlyga"), vis dėlto prasmės požiūriu terminas *hipotezė* iš visų lietuviškoje teisės literatūroje vartojamų terminų tikriausiai yra artimiausias jo vartojamam *antecedent.*

Taigi teorija mums siūlo esmę atskirti nuo ją užmaskuojančių formų; tada mes pamatytume, kad tokios konstitucinės formos, kaip „tai, ką nustato Karalienė Parlamente, yra įstatymas“, arba Amerikos Konstitucijos nuostatos dėl Kongreso legislatyvinių galių, tik apibrėžia bendrąsias sąlygas, kurioms esant teismai turi taikyti sankcijas. Savo esme šios formos yra ne užbaigtos normos, bet „jeigu-sąlygos“: „*Jeigu* Karalienė Parlamente nustatė, kad ...“, arba „*jeigu* Kongresas, neperžengdamas Konstitucijos nustatytų ribų, nustatė, kad ...“ yra sąlygų, bendrų daugybei nurodymų teismams taikyti sankcijas arba skirti bausmes už tam tikro tipo elgesį, formos.

Tai išties galinga ir įdomi teorija, kurios tikslas yra atskleisti tikrąją, vieningąją teisės esmę, užgožiamą įprastinių formų ir formuluočių įvairovės. Prieš imantis nagrinėti jos trūkumus reikia pažymėti, kad kraštutinė šios teorijos forma nukrypsta nuo pradinės teisės sampratos, kur teisė traktuojama kaip įsakymai, paremti grasinimais taikyti sankcijas, kurie bus realizuoti, jeigu šiems įsakymams nebus paklūstama. Čia pagrindinė sąvoka yra visiškai kita – tai įsakymai pareigūnams taikyti sankcijas. Šiuo požiūriu, nėra būtina, kad sankcija būtų numatyta už kiekvieno įstatymo *sulaužymą;* tik būtina, kad kiekvienas „tikrasis“ įstatymas nurodytų, jog turi būti taikoma kokia nors sankcija. Todėl visai gali būti taip, kad tokių nurodymų nevykdantis pareigūnas visai nebus baudžiamas; žinoma, daugelyje teisinių sistemų dažniausiai taip iš tikrųjų ir atsitinka.

Kaip jau minėjome, ši bendra teorija gali įgyti dvi formas – antroji yra ne tokia kraštutinė kaip pirmoji. Šis ne toks kraštutinis požiūris išsaugo pradinę teisės kaip eiliniams piliečiams (ir kitiems asmenims) adresuotų grasinimais paremtų įsakymų sampratą (kuri daugeliui intuityviai atrodo priimtinesnė) bent jau tų normų, kurios, sveiko proto požiūriu, turi nustatyti ne tik pareigūnų, bet visų pirma

eilinių piliečių elgesį, atžvilgiu. Šiuo nuosaikesniu požiūriu, baudžiamosios teisės normos yra įstatymai, ir jų nereikia rekonstruoti kaip kitų, užbaigtų, normų fragmentų; juk jos jau yra grasinimais paremti įsakymai. Tačiau tokia rekonstrukcija reikalinga kitais atvejais. Ir ši, ir labiau kraštutinė teorija privatiems asmenims teisines galias suteikiančias normas traktuoja kaip tikrosios užbaigtos teisės – grasinimais paremtų įsakymų – fragmentus. O šiuos įsakymus galima atrasti klausiant: kokiems asmenims teisė liepia daryti vienokius ar kitokius dalykus ir baudžia, jeigu jie neklauso? Tai žinant tokias normas, kaip 1837 m. Testamentų akto nuostatos dėl liudytojų, taip pat kitas normas, suteikiančias individams galias ir apibrėžiančias jų teisėto realizavimo sąlygas, galima rekonstruoti taip, kad jos apibūdintų kai kurias iš sąlygų, kuriomis pagaliau atsiranda tokia teisinė pareiga. Tada jos atrodys kaip sąlygiškų grasinimais paremtų įsakymų arba pareigas nustatančių normų hipotezės, arba „jeigu-sąlygos" elementas. „Jeigu ir tik jeigu testamentą nustatytu būdu pasirašė testatorius ir paliudijo du liudytojai, ir jeigu ..., tai vykdytojas (arba kitas teisėtas atstovas) turi įgyvendinti testamento nuostatas". Panašiai ir normos dėl sutarties sudarymo atrodys tik kaip fragmentai taisyklių, liepiančių asmenims daryti dalykus, kuriuos reikia daryti pagal sutartį, jeigu tam tikri dalykai yra pasakyti arba padaryti (jeigu šalis yra sulaukusi pilnametystės, jos sutartinės prievolės patvirtintos antspaudu arba jai pažadėtas atlyginimas).

Legislatyvines galias suteikiančias normas (taip pat konstitucijų nuostatas dėl aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos) rekonstruoti taip, kad jos būtų traktuojamos kaip „tikrųjų" normų fragmentai, galima vadovaujantis tais pačiais principais, kuriuos apibūdinome 98–99 puslapiuose, nagrinėdami šios teorijos radikalesnį variantą. Vienintelis skirtumas yra tas, kad nuosaikesnis požiūris galias sutei-

kiančias normas traktuoja kaip eiliniams piliečiams ką nors daryti grasinant sankcijomis liepiančių normų hipotezes, arba jeigu-sąlygas, o ne tik kaip nurodymų pareigūnams taikyti sankcijas jeigu-sąlygas (kaip traktuoja radikalesnė teorija).

Abu šios teorijos variantai siekia neabejotinai skirtingas teisės normos atmainas redukuoti į vienintelę formą, kuri, kaip manoma, išreiškia teisės kvintesenciją. Jie abu padaro sankciją pagrindiniu ir svarbiausiuoju elementu, ir abu žlunga, kai parodoma, jog teisė kuo puikiausiai gali egzistuoti be sankcijų. Tačiau šį bendro pobūdžio prieštaravimą mes turime atidėti kitam kartui. Čia mes rutuliosime tik dalinę abiejų šios teorijos formų kritiką teigdami, kad už patrauklų modelio, į kurį redukuojama visa teisė, vienodumą jos moka pernelyg didelę kainą: jos iškraipo skirtingas socialines funkcijas, kurias atlieka skirtingos teisės normų rūšys. Tai pasakytina apie abi šios teorijos formas, bet labiausiai krenta į akis tada, kai baudžiamoji teisė yra rekonstruojama taip, kaip reikalauja radikalesnė šios teorijos forma.

Iškraipymas – vienodumo kaina

Iškraipymą, kuris atsiranda dėl tokios rekonstrukcijos, verta panagrinėti dėl to, kad taip atskleidžiama daug skirtingų teisės aspektų. Yra daug būdų kontroliuoti visuomenę, bet baudžiamajai teisei būdingas toks būdas, kai normos tam tikrus elgesio tipus pateikia kaip standartus, kuriais turi vadovautis arba visi visuomenės nariai, arba tam tikros jų kategorijos: tikimasi, jog jie be pareigūnų pagalbos ar įsikišimo supras normas ir tai, kad jos skirtos būtent jiems, ir šių normų laikysis. Pareigūnai turi nustatyti normos sulaužymo faktą ir taikyti pažadėtąsias sankcijas tik tuomet, kai sulaužomas įstatymas ir teisė neatlieka šios pirminės funkcijos. Palyginti su individualiais tiesioginiais įsakymais, tokiais kaip budinčio kelių policininko įsakymai

motorinės transporto priemonės vairuotojui, šio būdo skiriamasis požymis yra tai, kad visuomenės nariams paliekama patiems sužinoti normas ir suderinti su jomis savo elgesį; tam tikra prasme jie patys sau „taiko" normas, bet normą papildanti sankcija jiems suteikia motyvą prisiderinti. Paprastai sakant, būdingas šių normų funkcionavimo būdas būtų užmaskuotas, jeigu mes sutelktume dėmesį į normas, reikalaujančias, kad teismai taikytų sankcijas tiems, kurie joms nepaklūsta, arba jas laikytume svarbiausiomis; juk pastarosios normos formuluoja nuostatas tik tam atvejui, kai sistemos pirminis tikslas žlunga arba nėra pasiekiamas. Galbūt jos yra būtinos, bet vis dėlto pagalbinės.

Idėjos, kad baudžiamosios teisės materialinių normų funkcija ir plačiąja prasme jų reikšmė yra kreipti ne tik pareigūnų, kurių žinioje yra bausmių sistema, bet ir eilinių piliečių veiklą neoficialiame gyvenime, negalima atmesti, neignoruojant esminių teisės skirtumų ir neužmaskuojant jos, kaip socialinės kontrolės priemonės, specifinio pobūdžio. Nors tokia bausmė už nusikaltimą, kaip bauda, ir mokesčiai, kai elgesys yra teisėtas, apima nurodymus pareigūnams išieškoti tam tikrą pinigų sumą, vis dėlto tai nėra tas pat. Šias idėjas skiria tai, kad pirmoji iš jų apima nusižengimą, arba pareigos sulaužymą, pažeidžiant normą, kuri buvo nustatyta siekiant kreipti eilinių piliečių elgesį. Tiesa, tam tikromis aplinkybėmis šis skirtumas, kuris šiaip jau yra akivaizdus, gali būti neryškus. Mokesčiai gali būti nustatomi ne tam, kad valstybė gautų pajamų, bet siekiant sudaryti nepalankias sąlygas apmokestinamai veiklai, nors įstatymas aiškiai ir nepasako, kad šia veikla nereikia užsiimti, kaip yra tais atvejais, kai įstatymas tam tikrą veiklą „padaro kriminalinę". Ir priešingai, baudos už tam tikrus baudžiamuosius nusižengimus dėl pinigų nuvertėjimo gali tapti tokios mažos, kad jos mokamos nė kiek dėl to nesigraužiant. Tada į šias baudas žiūrima kaip į „tik mokesčius", o „nusižengi-

mai“ įvykdomi dažnai kaip tik dėl tos priežasties, jog tokiomis aplinkybėmis nebesuvokiama, kad normą reikia vertinti rimtai, kaip elgesio standartą, t.y. taip, kaip yra vertinamos didžioji dauguma baudžiamosios teisės normų.

Kartais apie tokias teorijas, kaip mūsų aptariamoji, palankiai atsiliepiama ir dėl to, kad rekonstruojant teisę į nurodymų taikyti sankcijas formą esą pasiekiama didesnio aiškumo, nes ši forma atskleidžia viską, ką apie teisę nori žinoti „blogasis žmogus“. Gal tai ir tiesa, bet tikriausiai tai nėra adekvatus šios teorijos gynimas. Kodėl teisei neturėtų labiau rūpėti „abejojantis žmogus“ arba „nežinantis žmogus“, kuris nori daryti tai, ko reikalaujama, jeigu tik jam galima būtų pasakyti, kas tai yra? Arba „žmogus, norintis sutvarkyti savo reikalus“, jeigu tik jam galima būtų pasakyti, kaip tai padaryti? Tai, žinoma, labai svarbu, jeigu mes norime suprasti teisę ir suvokti, kaip ją įgyvendina teismai, kai jie imasi taikyti sankcijas. Bet tai neturėtų skatinti mus manyti, kad suprasti reikia tik tai, kas vyksta teismuose. Privačių asmenų bylinėjimasis ar kaltinimas, išreiškiantys labai svarbias, bet tik pagalbines nuostatas, susijusias su nesėkmingu sistemos funkcionavimu, neatskleidžia pagrindinių teisės, kaip socialinės kontrolės priemonės, funkcijų. Jas atskleidžia tik įvairūs būdai, kuriais teisė naudojama siekiant kontroliuoti, kreipti ir planuoti gyvenimą už teismo sienų.

Tokį pagalbinių ir pagrindinių dalykų sukeitimą vietomis kraštutinėje šios teorijos formoje galima palyginti su pasiūlymu rekonstruoti žaidimo taisykles. Teoretikas, nagrinėjantis kriketo arba beisbolo taisykles, gali pareikšti, kad jis aptiko vienodumą, kurį slepia taisyklių terminija ir tradicinis įsitikinimas, jog vienos iš jų yra adresuojamos žaidėjams, kitos – pareigūnams (teisėjui ir taškų skaičiuotojui), o dar kitos – ir vieniems, ir kitiems. „Visos taisyklės, – gali teigti šis teoretikas, – *iš tikrųjų* yra taisyklės, nurodančios

pareigūnams tam tikromis sąlygomis daryti tam tikrus dalykus." Taisyklės, nustatančios, kad tam tikri judesiai, smūgiavus kamuolį, yra „perbėgimas" arba kad sugautas žmogus yra „pašalinamas", iš tikrųjų yra tik sudėtingi nurodymai pareigūnams: vienu atveju taškų skaičiuotojui, kad taškų skaičiavimo žurnale įrašytų „perbėgimą", o kitu atveju teisėjui, kad žmogų „pašalintų iš aikštės". Savaime suprantama, kad šios transformacijos taisyklėms primestas vienodumas užmaskuoja šių taisyklių veikimo būdus ir tai, kaip žaidėjai jomis naudojasi, kreipdami savo tikslingą veiklą, vadinasi, užmaskuoja ir tą funkciją, kurią jos atlieka tokiame bendradarbiavimo ir varžybų dvasia pasižyminčiame socialiniame renginyje, koks yra žaidimas.

Ne tokia kraštutinė šios teorijos forma palieka nuošalyje baudžiamąją teisę ir visus kitus pareigas nustatančius įstatymus, nes jie jau atitinka paprastą prievartinių įsakymų modelį. Bet ji visas teisines galias suteikiančias ir jų realizavimo būdą apibrėžiančias normas redukuoja į šią vienintelę formą. Ją čia galima kritikuoti tais pačiais argumentais, kaip ir kraštutinę šios teorijos formą. Jeigu į visą teisę paprasčiausiai žvelgtume iš tų asmenų, kuriems teisė nustato pareigas, pozicijų, o visus kitus jos aspektus nužemintume iki daugiau ar mažiau detaliai apibrėžtų sąlygų, kuriomis šie asmenys turi prisiimti pareigas, statuso, tai tokius teisei būdingus ir visuomenės požiūriu vertingus elementus, kaip pareiga, mes traktuotume tik kaip kokį antraeilį dalyką. Norint suprasti privačias galias suteikiančias normas, į jas reikia žvelgti iš jas realizuojančių asmenų pozicijų. Tada jos iškyla kaip papildomas elementas, greta prievartinės kontrolės, teisės įdiegtas į socialinį gyvenimą. Taip atsitinka todėl, kad, turėdamas šias privačias galias, privatus pilietis tampa privačiu įstatymų leidėju, o jeigu nebūtų tokių normų, jis teturėtų tik pareigas. Jis tampa kompetentingas lemti teisės įgyvendinimą savo sutarčių, paskolų, testa-

mentų ir kitų teisių ir pareigų, kurias jis gali sukurti, struktūrų srityje. Kodėl šiuo specialiu būdu taikomos normos, teikiančios tiek daug ir tokių būdingų patogumų, neturėtų būti pripažįstamos skirtingomis nuo pareigas nustatančių normų, kurių veikimo sritį iš tikrųjų iš dalies lemia tokių galių realizavimas? Apie tokias galias suteikiančias normas mąstome, kalbame ir jas socialiniame gyvenime taikome kitaip negu pareigas nustatančias normas, ir jas vertiname dėl kitų sumetimų. Kaip dar galima būtų įrodinėti jų pobūdžio skirtingumą?

Legislatyvines ir teismo galias suteikiančių ir apibrėžiančių normų redukavimas į sąlygų, kuriomis atsiranda pareigos, formulavimą viešojoje srityje turi panašią maskavimo ydą. Tie, kurie šias galias naudoja tam, kad duotų valdingus nurodymus ir įsakymus, naudoja šias normas tokia forma, kurią lemia kryptinga veikla, absoliučiai skirtinga nuo pareigos atlikimo arba paklusimo prievartinei kontrolei. Vaizduoti tokias normas tik kaip tam tikrus pareigas nustatančių normų aspektus arba fragmentus reiškia dar labiau negu privačioje srityje užmaskuoti teisės ir jos veikimo ribose galimos veiklos būdingus požymius. Juk normų, įgalinančių įstatymų leidėjus pakeisti ir papildyti pareigas nustatančias normas, o teisėjus – nustatyti, ar šios normos yra sulaužytos, įdiegimas visuomenei yra toks pat svarbus žingsnis pirmyn, kaip ir rato išradimas. Tai ne tik svarbus žingsnis; tai toks žingsnis, kurį, kaip mes įrodinėsime IV skyriuje, pagrįstai galima laikyti žingsniu iš ikiteisinio pasaulio į teisinį.

2. Taikymo ribos

Trumpai sakant, iš visų teisės atmainų paprastam prievartinių įsakymų modeliui artimiausias yra baudžiamasis įsta-

tymas. Bet netgi šiems įstatymams būdingi tam tikri šiame skirsnyje aptariami bruožai, kuriuos šis modelis gali užtemdyti, ir mes jų nesuprasime, kol neatsikratysime jo įtakos. Grasinimais paremtas įsakymas iš esmės yra noro, kad *kiti* darytų tam tikrus dalykus arba susilaikytų nuo jų, išraiška. Žinoma, įstatymų leidyba gali įgyti šią išimtinai tik kitiems skirto kreipimosi formą. Tam tikrose sistemose absoliutus monarchas, sutelkęs savo rankose visą legislatyvinę valdžią, gali būti visada laikomas išimtimi, neįeinančia į jo išleistų įstatymų veikimo sritį; ir net demokratinėje sistemoje gali būti leidžiami įstatymai, kurie netaikomi tiems, kurie juos išleido, bet taikomi tik tam tikroms įstatyme nurodytoms grupėms. Bet įstatymo taikymo ribos visuomet yra jo aiškinimo klausimas. Aiškinant galima nustatyti, ar tuos, kurie išleido įstatymą, reikia išskirti; žinoma, dauguma šiandien leidžiamų įstatymų nustato teisines prievoles įstatymo kūrėjams. Įstatymų leidyba skiriasi nuo paprasto grasinimais palydimo įsakymo *kitiems* daryti tam tikrus dalykus ir tikrai gali pasižymėti tokia susisaistymo galia. Joje *iš esmės* nėra jokios nuorodos į kitus. Tai yra teisinis reiškinys, kuris atrodo painus tik tol, kol mes, pasiduodami šio modelio įtakai, manome, kad įstatymus kuria žmogus arba žmonės, viršesni už įstatymą, kuriam kiti yra pavaldūs.

Tokią dėl paprastumo patrauklią vertikalią, arba „iš viršaus į apačią“ tipo, teisėdaros schemą suderinti su tikrove galima tik tuo atveju, jeigu įstatymų leidėją kaip oficialų asmenį skirsime nuo jo kaip privataus asmens. Veikdamas kaip oficialus asmuo, jis kuria įstatymus, nustatančius prievoles kitiems asmenims, kartu ir jam pačiam kaip „privačiam“ asmeniui. Šiuose samprotavimuose nėra nieko, kas keltų prieštaravimus, bet, kaip pamatysime IV skyriuje, skirtingų kompetencijų idėja galima tik galias suteikiančių teisės normų, kurių negalima redukuoti į prievartinius įsaky-

mus, požiūriu. Kartu reikia turėti omenyje, kad šis sudėtingas būdas yra visiškai nereikalingas; tai, kad įstatymų leidėjai ir save susaisto įstatymais, galima paaiškinti ir be jo. Juk ir kasdieniame gyvenime, ir teisėje turime naudotis kuo nors, kas įgalintų mus tai daug geriau suprasti. Tai yra naudojimasis *pasižadėjimu,* kuris, norint suprasti daugelį (nors ir ne visus) teisės bruožų, daugeliu požiūrių yra kur kas geresnis modelis negu tas, kuris susijęs su prievartiniais įsakymais.

Pažadėti – tai pasakyti ką nors, kas sukuria žadančiajam prievolę; kad žodžiai sukeltų tokias pasekmes, turi būti normos, nustatančios, kad jeigu tam tikri asmenys tam tikromis aplinkybėmis (t.y. pakaltinami asmenys, suvokiantys savo būklę ir niekieno niekaip neverčiami) pasako šiuos žodžius, jie turi padaryti tai, ką patys įvardijo. Taigi žadėdami mes taikome nustatytas procedūras, kad pakeistume savo moralinę situaciją, nustatydami prievoles sau ir suteikdami teises kitiems; tariant teisininkų kalba, mes realizuojame normų suteiktą „galią" tai daryti. Išties būtų galima „skirti" du asmenis viename žadančiajame: vieną veikiantį kaip prievolių kūrėją, o kitą – kaip įpareigojamąjį asmenį, ir įsivaizduoti, kad vienas iš jų įsako kitam ką nors padaryti, bet tai nieko neduotų.

Lygiai taip pat šiuo būdu galima pasinaudoti, norint suprasti įstatymų leidybos susisaistomąją galią. Juk išleidžiant įstatymą, kaip ir duodant pažadą, remiamasi prielaida, kad yra tam tikros šį procesą valdančios normos: šių normų apibrėžtų asmenų žodžiai, ištarti arba parašyti laikantis šių normų nustatytos procedūros, sukuria prievoles visiems, kurie patenka į šių žodžių tiesiogiai arba netiesiogiai pažymėtą lauką. Jos gali apimti tuos, kurie dalyvauja įstatymų leidybos procese.

Žinoma, nors esama analogijos, paaiškinančios įstatymų leidybos susisaistomąjį pobūdį, žadėjimas daug kuo skiriasi

nuo įstatymų kūrimo. Pastarąjį reguliuojančios normos yra daug sudėtingesnės, čia nėra pasižadėjimui būdingo abipusiškumo. Paprastai nė vienas žmogus nėra išskirtinėje padėtyje asmens, *kuriam* pasižadama ir kuris turi išskirtinę, o gal ir vienintelę teisę reikalauti, kad šis pažadas būtų įvykdytas. Šiais atžvilgiais artimesnė analogija įstatymų leidybos susisaistomajam pobūdžiui būtų kai kurios kitos Anglijos teisėje žinomos prievolių prisiėmimo formos, kaip antai asmens pasiskelbimas kitų asmenų turto patikėtiniu. Vis dėlto apskritai teisės kūrimą leidžiant įstatymus geriausiai galima suprasti, analizuojant štai tokius privačius konkrečių teisinių prievolių kūrimo būdus.

Ta pataisa, kurios labiausiai reikia prievartinių įsakymų, arba normų, modeliui, yra nauja įstatymų leidybos kaip visuotinių elgesio normų, kurių turi laikytis visa visuomenė, įdiegimo ar modifikavimo samprata. Įstatymų leidėjas nebūtinai yra tas, kuris duoda įsakymus kitam, – kažkas, ką jau pats pavadinimas apibūdina kaip esantį už to, ką jis daro, ribų. Kaip ir pasižadantis asmuo, jis realizuoja normų suteiktas galias: labai dažnai duodantis pažadą *turi*, o įstatymų leidėjas gali patekti į jų veikimo lauką.

3. Kilmės formos

Aptardami teisės atmainas, mes kol kas apsiribojome įstatymais, kurie, nepaisant visų mūsų akcentuotų skirtumų, vis dėlto vienu aspektu yra analogiški prievartiniams įsakymams. Kaip ir įsakymo davimas, įstatymo išleidimas *yra* sąmoningas ir informatyvus aktas. Kaip įsakymą duodantis žmogus jį sąmoningai formuluoja tokiais žodžiais, kad jo pageidavimai būtų suprantami ir jiems būtų paklūstama, taip ir tie, kurie dalyvauja įstatymų leidyboje, sąmoningai laikosi įstatymo kūrimo procedūros. Todėl teorijos,

pasitelkiančios teisei analizuoti prievartinių įsakymų modelį, tvirtina, jog atmetus tai, kas užmaskuoja dalykus, matyti, kad visai teisei būdingas šis panašumo į įstatymų leidybą aspektas ir kad teisės statusą ji įgyja tik sąmoningo teisės kūrimo akto dėka. Akivaizdžiausiai tokiam tvirtinimui prieštaraujantis teisės tipas yra paprotys; tačiau diskusiją dėl to, ar paprotys „iš tikrųjų" yra teisė, dažnai sujaukdavo nesugebėjimas atskirti du skirtingus klausimus. Pirmasis yra toks: ar „paprotys kaip toks" yra teisė, ar ne? Neigimo, kad paprotys kaip toks yra teisė, prasmę ir teigiamą reikšmę lemia ta paprasta tiesa, kad kiekvienoje visuomenėje yra daugybė papročių, kurie nepriklauso teisei. Nenukėlus skrybėlės prieš damą, nesulaužoma jokia teisės norma; toks dalykas apskritai neturi jokio teisinio statuso, išskyrus tai, kad teisė tai leidžia. Tai rodo, kad paprotys yra teisė tik tuomet, kai jis priklauso papročių grupei, kurią konkreti teisinė sistema „pripažįsta" esant teisę. Antrasis klausimas susijęs su tuo, ką reiškia „teisinis pripažinimas". Ko reikia, kad paprotys būtų pripažįstamas teisiškai? Ar, kaip reikalauja prievartinių įsakymų modelis, šį pripažinimą sudaro tai, kad kas nors, tikriausiai „suverenas" arba jo įgaliotinis, įsako laikytis papročio, taigi jo kaip teisės statusą iš tikrųjų lemia kažkas, kas šiuo požiūriu primena įstatymų leidybos aktą?

Šiuolaikiniame pasaulyje paprotys nėra labai svarbus teisės „šaltinis". Paprastai jis yra subordinuotas ta prasme, kad įstatymų leidybos institucija įstatymu gali panaikinti paprotinės normos teisinį statusą; o daugelyje sistemų teismų atliekami patikrinimai siekiant nustatyti, ar paprotys yra tinkamas būti teisiškai pripažintas, apima tokias nekonkrečias idėjas, kaip „priimtinumas", bent šiek tiek pagrindžiančias nuomonę, kad akceptuodami arba atmesdami paprotį teismai faktiškai nekontroliuojami realizuoja savo diskreciją. Tačiau kildinti papročio teisinį statusą iš to fakto, kad teismas arba įstatymų leidėjas, arba suverenas taip „įsakė",

reiškia priimti teoriją, kuri įmanoma tik tokiu atveju, jei „įsakymui" suteikiama tokia plati prasmė, kad savosios prasmės netenka pati teorija.

Kad galėtume apibūdinti šią teisinio pripažinimo doktriną, turime prisiminti tą vaidmenį, kurį teisės, traktuojamos kaip prievartiniai įsakymai, sampratoje vaidina suverenas. Pagal šią teoriją, teisė yra arba suvereno, arba jo pavaldinio, kurį jis gali pasirinkti duoti įsakymams jo vardu, įsakymas. Pirmuoju atveju teisė kuriama, suverenui duodant įsakymą tiesiogine žodžio „įsakymas" prasme. Antruoju atveju pavaldinio duotas įsakymas bus teisė tik tuomet, jeigu šis įsakymas savo ruožtu duodamas vykdant tam tikrą suvereno duotą įsakymą. Pavaldinys turi turėti tam tikrą suvereno deleguotą valdžią duoti įsakymus jo vardu. Kartais ji gali būti suteikiama, tiesiogai nurodant ministrui „leisti įsakymus" tam tikrais klausimais. Jeigu ši teorija čia sustotų, ji tiesiog negalėtų paaiškinti faktų; taigi ji rutuliojama toliau ir teigia, kad kai kada suverenas savo valią gali pareikšti ne tokia tiesiogine forma. Jo įsakymai gali būti „tylūs"; aiškiai nesuformuluodamas įsakymo, jis gali parodyti savo pageidavimą, kad jo valdiniai darytų tam tikrus dalykus, nesikišdamas, kai jo pavaldiniai duoda įsakymus jo valdiniams ir baudžia juos, kai šie nepaklūsta.

Geriausiai „tylaus įsakymo" idėją galima paaiškinti pavyzdžiu iš karybos srities. Seržantas, pats visuomet paklūstantis vyresnybei, įsako savo vyrams atlikti tam tikras varginančias užduotis ir baudžia juos, jeigu jie neklauso. Apie tai sužinojęs generolas leidžia tai tęsti, nors jeigu jis lieptų seržantui atšaukti šias varginančias užduotis, šis jam paklustų. Galima manyti, jog šiomis aplinkybėmis generolas tyliai išreiškė savo valią, kad vyrai atliktų šias sunkias užduotis. Generolo nesikišimas, kai jis galėjo įsikišti, ir yra tylus žodžių, kuriuos jis būtų galėjęs pavartoti įsakydamas atlikti šias sunkias užduotis, pakaitas.

Kaip tik tokiu aspektu mūsų prašoma žiūrėti į paprotines normas, teisinėje sistemoje turinčias teisės statusą. Kol teismai, spręsdami konkrečias bylas, netaiko šių normų, jos yra jokia teisė, o *tik* papročiai. Kai teismai jomis naudojasi ir duoda jas atitinkančius nurodymus, kurie yra įgyvendinami, tik tada jos pirmą kartą pripažįstamos teisiškai. Galėjęs įsikišti suverenas tyliai įsakė savo valdiniams paklusti teisėjų įsakymams, „modeliuojamiems" pagal anksčiau atsiradusį paprotį.

Tokį papročio teisinio statuso traktavimą galima kritikuoti dvejopai. Visų pirma, paprotinės normos *nebūtinai* neturi teisės statuso iki jų panaudojimo teismo procese. Tvirtinti, kad būtinai yra kaip tik taip, būtų arba dogmatiška, arba reikštų nesugebėjimą skirti tai, kas būtina, nuo to, kas gali būti tam tikrose sistemose. Jeigu įstatymai, išleisti tam tikrais nustatytais būdais, yra teisė dar prieš teismams imant juos taikyti konkrečiose bylose, kodėl tokie negalėtų būti tam tikrų apibrėžtų rūšių papročiai? Kodėl negalėtų būti taip, kad, kaip teismai pripažįsta privalomu bendrą principą, jog tai, ką nustato įstatymų leidybos institucija, yra teisė, jie taip pat pripažintų privalomu kitą bendrą principą, jog tam tikrų apibrėžtų rūšių papročiai yra teisė? Nejaugi yra absurdiška tarti, kad kai kuriose bylose teismai taiko paprotį, kaip jie taiko įstatymą kaip tokį dalyką, kuris jau yra teisė, ir todėl, kad jis yra teisė? Žinoma, *gali* būti, kad teisinė sistema nustatys, jog jokia paprotinė norma negali turėti teisės statuso tol, kol teismai, kurie nekontroliuojami realizuoja savo diskreciją, paskelbia, kad ji tokį statusą turi turėti. Bet tai tik *viena* galimybė, kuri nepaneigia, kad gali būti sistemų, kuriose teismai nebeturi tokios diskrecijos. Kaip tad galima nustatyti, kad paprotinė norma, kol jos netaikė teismas, *negali* turėti teisės statuso?

Į šiuos prieštaravimus kartais atsakoma tik dar kartą pakartojant dogmą, kad niekas negali būti teisė, jeigu kas

nors šito *neįsakė* ir kol neįsakė. Siūlomoji teismų sąsajos su įstatymais ir su papročiais analogija atmetama remiantis tuo, kad įstatymas jau buvo „įsakytas" dar prieš teismui jį taikant, o paprotys – ne. Mažiau dogmatiški argumentai yra neadekvatūs, nes jie pernelyg remiasi konkrečių sistemų konkrečiais bruožais. Siekiant parodyti, kad paprotys tol nėra teisė, kol jo netaiko teismai, kartais remiamasi ta aplinkybe, kad Anglijos teisėje teismai gali atmesti paprotį, jeigu jis neišlaikys jo „racionalumo" išbandymo. Tačiau iš to daugių daugiausia galima spręsti tik apie paprotį Anglijos teisėje. Bet net ir šito negalima teigti, nebent iš tikrųjų, kaip kai kas tvirtina, yra beprasmiška skirti sistemą, kurioje teismai privalo taikyti tam tikras paprotines normas tik tuomet, kai jos yra racionalios, nuo sistemos, kurioje teismai nekontroliuojami naudojasi diskrecija.

Antrasis kritinis argumentas teorijos, kad papročio, traktuojamo kaip teisė, teisinį statusą lemia tylus suvereno įsakymas, atžvilgiu yra fundamentalesnis. Ar galima suvereno nesikišimą traktuoti kaip tylų noro, kad būtų paklūstama normoms, pareiškimą, net jeigu sutinkama, kad paprotys tol nėra teisė, kol teismas jo netaiko konkrečioje byloje? Net iš labai paprasto 111 puslapyje pateikto pavyzdžio iš karybos srities nebūtinai išplaukia išvada, jog generolas nesikišo į seržanto įsakymus todėl, kad norėjo, jog šių įsakymų būtų klausoma. Gali būti, kad jis tik norėjo įsiteikti vertinamam pavaldiniui ir tikėjosi, jog vyrai ras kokį nors būdą išvengti varginančių užduočių. Be abejo, kai kuriais atvejais mes galėtume padaryti išvadą, kad jis norėjo, jog varginančios užduotys būtų atliktos, bet net jeigu mes prieitume tokią išvadą, materialinė įrodymų dalis būtų tas faktas, jog generolas žinojo, kad yra duoti įsakymai, turėjo laiko juos apsvarstyti ir nusprendė nieko nedaryti. Pagrindinis prieštaravimas tam, kad tylių suvereno valios pareiškimų idėja būtų pasitelkiama aiškinant papročio teisinį sta-

tusą, yra toks, jog visose šiuolaikinėse valstybėse „suverenui" labai retai galima priskirti tokį žinojimą, apsvarstymą ir sprendimą nesikišti, nesvarbu ar suverenas tapatinamas su aukščiausiąja įstatymų leidybos institucija, ar su rinkėjais. Žinoma, daugelyje teisinių sistemų paprotys iš tikrųjų yra įstatymui subordinuotas teisės šaltinis. Tai reiškia, kad įstatymų leidybos institucija *galėtų* panaikinti jų teisinį statusą; bet jeigu ji to nedaro, tai dar nieko nepasako apie įstatymų leidėjo norus. Įstatymų leidėjas tik labai retai atkreipia dėmesį į teismų taikomas paprotines normas, o rinkėjai – dar rečiau. Todėl jų nesikišimo negalima lyginti su generolo nesikišimu į seržanto veiklą, net jeigu šiuo atveju mes esame pasirengę daryti išvadą, jog jis norėjo, kad jo pavaldinio įsakymų būtų klausoma.

Tad kas tada yra papročio teisinis pripažinimas? Kas tada lemia paprotinės normos teisinį statusą, jeigu ne jį konkrečioje byloje taikančio teismo įsakymas ir ne aukščiausiosios teisę kuriančios valdžios tylus įsakymas? Kaip gali paprotys, tarsi jis būtų įstatymas, būti teisė dar prieš teismui jį taikant? Į šiuos klausimus bus galima išsamiai atsakyti tik tada, kai nuodugniai ir smulkiai išnagrinėsime doktriną, skelbiančią, kad ten, kur yra teisė, turi būti ir tam tikras suverenus asmuo arba asmenys, kurių tik vienų bendro pobūdžio įsakymai, nesvarbu, ar jie aiškiai išsakyti, ar tylūs, yra teisė; tai mes padarysime kitame skyriuje. O kol kas galima šitaip apibendrinti šio skyriaus išvadas.

Teisės kaip prievartinių įsakymų teorija jau iš pat pradžių susiduria su prieštaravimu, kad visose sistemose galima aptikti teisės atmainų, kurioms šis apibūdinimas netinka dėl trijų esminių priežasčių. Pirma, net ir baudžiamojo įstatymo, kuriam labiausiai tinka toks apibūdinimas, taikymo ribos dažnai labai skiriasi nuo tų, kurios būdingos kitiems duodamiems įsakymams: juk tokia teisė gali nustatyti pareigas ir kitiems asmenims, ir tiems, kurie ją kuria. An-

tra, kiti įstatymai yra nepanašūs į įsakymus tuo, jog jie nereikalauja, kad asmenys ką nors darytų, bet suteikia jiems galias; jie nenustato pareigų, bet pasiūlo mechanizmus, įgalinančius laisvai kurti juridines teises ir pareigas teisinės prievartos kontekste. Trečia, nors įstatymo išleidimas tam tikrais požiūriais yra analogiškas įsakymo davimui, kai kurios teisės normos kyla iš papročio, ir jų teisinio statuso nelemia joks sąmoningas teisėdaros aktas.

Apginti šią teoriją nuo tokių prieštaravimų bandoma įvairiais būdais. Paprasta grasinimo blogiu arba „sankcija" idėja buvo išplėsta taip, kad ji apimtų teisinio sandorio pripažinimą niekiniu; teisės normos sąvoka buvo siaurinama, kad neapimtų galias suteikiančių normų, kurios laikomos tik teisės fragmentais; viename fiziniame įstatymų leidėjo, kurio aktai susaisto jį patį, asmenyje buvo aptikti du asmenys; įsakymo sąvoka buvo išplėsta, ja žymima ne tik žodinė, bet ir „tyli" valios išraiška, kuria laikomas nesikišimas į paveldinių duodamus įsakymus. Nors visa tai buvo daroma išradingai, bet grasinimais paremtų įsakymų modelis daugiau užmaskuoja teisę negu ją atskleidžia. Bandymai teisės įvairovę redukuoti į šią vienintelę paprastą formą baigiasi tuo, kad teisei primetama tariama vienovė. Iš tikrųjų ieškoti teisėje vienovės būtų klaida, nes, kaip mes įrodysime V skyriuje, jeigu ir ne pats svarbiausias, tai vienas iš skiriamųjų teisės bruožų yra tas, kad ji yra skirtingų normos tipų samplaika.

IV

SUVERENAS IR VALDINYS

Kritikuodami paprastą teisės kaip prievartinių įsakymų modelį, mes kol kas nekėlėme klausimų dėl to „suverenaus" asmens arba „suverenių" asmenų, kurių bendro pobūdžio įsakymus ši koncepcija laiko bet kurios visuomenės teise. Aptardami grasinimais paremto įsakymo idėjos tinkamumą paaiškinti skirtingų teisės atmainų įvairovei, mes kol kas rėmėmės prielaida, kad kiekvienoje visuomenėje, kurioje yra teisė, iš tikrųjų yra suverenas, kurį galima apibūdinti pozityviai ir negatyviai remiantis įpročiu paklusti: tai asmuo, arba asmenų grupė, kurio įsakymams yra įpratusi paklusti didžioji visuomenės dalis, bet kuris pats nėra pratęs paklusti jokiam kitam asmeniui arba asmenims.

Dabar šią bendrą visų teisinių sistemų pagrindus apimančią teoriją reikia panagrinėti smulkiau; juk suvereniteto doktrina, nepaisant jos visiško paprastumo, yra kaip tik tai. Ši doktrina teigia, kad kiekvienoje žmonių visuomenėje, kurioje yra teisė, ir demokratijoje*, ir absoliutinėje

* *Demokratijos (democracy)* terminas anglų kalboje (ir kai kuriose kitose kalbose) vartojamas ne tik apibūdinti tam tikrai politinei santvarkai (t.y. tokiam politiniam režimui, kuriam būdinga valdžios institucijų atsakomybė elektoratui, periodiški ir laisvi rinkimai, žmogaus ir piliečio teisių gerbimas ir t.t.), bet ir kaip *demokratinės valstybės* sinonimas. Toks šio termino vartojimas yra ir tam tikros politikos paradigmos išraiška: šioje paradigmoje pati valstybė nelaikoma „savaiminiu", autonomišku reiškiniu, kuriam demokratijos atributas gali būti suteikiamas arba nesutei-

monarchijoje, galiausiai galima aptikti esant šį politinių formų įvairovės slepiamą paprastą ryšį tarp pratusių paklusti valdinių ir niekam paklusti nepratusio suvereno. Pagal šią teoriją, tokia vertikali, iš suvereno ir valdinių sudaryta struktūra yra esminė teisę turinčios visuomenės dalis, kaip stuburas yra esminė žmogaus dalis. Ten, kur yra tokia struktūra, apie visuomenę kartu su jos suverenu galima kalbėti kaip apie atskirą nepriklausomą valstybę, taip pat galima kalbėti ir apie *jos* teisę; kai tokios struktūros nėra, netinka nė viena iš šių sąvokų, nes, pasak šios teorijos, suverenių ir pavaldžių formų ryšys yra pačios šių sąvokų prasmės dalis.

Du šios doktrinos aspektai yra ypač svarbūs, kad nusakytume toliau šiame skyriuje pateikiamos nuodugnios kritikos gaires, ir mes čia juos bendrais bruožais pabrėšime. Pirmasis aspektas susijęs su *įpročio* paklusti idėja – šis įprotis yra viskas, ko reikalaujama iš tų, kuriems taikomi suvereno įstatymai. Mes patyrinėsime, ar toks įprotis pakankamai paaiškina du ryškius daugumos teisinių sistemų požymius: autoritetingos valdžios leisti įstatymus, kurią turi skirtingi ir vienas kitą keičiantys įstatymų leidėjai, *tęstinumą ir* įstatymų *išlikimą* dar ilgai po to, kai nebelieka nei jų kūrėjo, nei tų, kurie buvo pratę jam paklusti. Antrasis mūsų aptariamas aspektas yra susijęs su suvereno viršenybe teisės atžvilgiu: jis kuria teisę kitiems, taigi nustato jų teisines pareigas, arba „apribojimus", bet kartu teigiama, kad teisė neriboja ir negali riboti jo paties. Čia mes patyrinėsime, ar tam, kad būtų teisė, yra būtinas toks teisiškai neribojamas aukščiausiojo įstatymų leidėjo statusas ir ar legislatyvinės valdžios teisinius apribojimus arba jų nebuvimą

kiamas politinės klasės (politinio elito) nuožiūra ir valia, bet akcentuojamas demokratinės valstybės ryšys su visuomene ir priklausomybė nuo jos, t.y. demokratija interpretuojama kaip santvarka, kylanti ne iš politinės klasės, bet iš visuomenės.

galima suprasti remiantis paprastais įpročio ir paklusimo terminais, į kuriuos ši teorija suskaido šias sąvokas.

1. Įprotis paklusti ir teisės tęstinumas

Kaip ir daugelis kitų iš pažiūros paprastų idėjų, kuriomis vadovaujamasi per daug į jas nesigilinant, paklusimo idėja iš tikrųjų nėra nesudėtinga. Palikime nuošalyje tą jau mūsų minėtą[15] keblumą, kad žodis „paklusimas" dažnai reiškia skaitymąsi su autoritetinga valdžia, o ne tik šiaip paklusimą grasinimais paremtiems įsakymams. Tačiau net ir tuo atveju, kai vienas žmogus kitam įsakymą duoda tiesiogiai, nėra lengva tiksliai nustatyti, koks ryšys turi būti tarp įsakymo davimo ir tam tikro konkretaus veiksmo atlikimo, kad pastarąjį būtų galima interpretuoti kaip paklusimą. Kokią reikšmę turi, pavyzdžiui, tas faktas (tada, kai tai iš tikrųjų yra faktas), kad asmuo, kuriam kas nors buvo įsakyta, tą patį dalyką tikrai būtų padaręs be jokio įsakymo? Šie sunkumai ypač akivaizdūs tais atvejais, kai įstatymai draudžia žmonėms daryti tokius dalykus, kuriuos daugeliui niekuomet nešautų į galvą daryti. Tol, kol nesusidorosime su šiais sunkumais, pati „visuotinio įpročio paklusti" valstybės įstatymams idėja bus gana miglota. Bet mūsų dabartiniam tikslui galime įsivaizduoti labai paprastą situaciją, kuriai, kaip tikriausiai sutiksime, žodžiai „įprotis" ir „paklusimas" tikrai gerai tiks.

Įsivaizduokime tokią situaciją: gyventojai gyvena teritorijoje, kurią jau labai seniai valdo absoliutus monarchas (Rex); jis kontroliuoja savo žmones grasinimais paremtais įsakymais, reikalaudamas, kad jie darytų įvairius dalykus, kurių jie antraip nedarytų, taip pat kad jie nedarytų tokių dalykų, kuriuos priešingu atveju darytų; nors pirmaisiais

[15] Žr. p. 73–74.

valdymo metais jam ir teko susidurti su sunkumais, bet laikui bėgant reikalai susitvarkė, ir apskritai galima tikėtis, kad žmonės jo klausys. Tačiau vargu ar yra pagrindo manyti, kad, nors šiaip jau visi žmonės šiems reikalavimams paklūsta, jie tai daro „iš įpročio“, arba kad toks paklusimas yra „įprastinis“ tikrąja arba dažniausiai vartojama šio žodžio prasme, nes tiems dalykams, kurių reikalauja Rex, įgyvendinti neretai reikia nemažų pastangų, o pagunda nepaklusti šiems reikalavimams bei rizika sulaukti bausmės yra gana didelės. Žmonės iš tikrųjų gali išsiugdyti įprotį paklusti tam tikriems įstatymams: važinėjimas kairiąja kelio puse anglui tikriausiai ir yra tokio įgyto įpročio paradigma. Bet tais atvejais, kai įstatymas prieštarauja tam tikriems galingiems polinkiams, kaip, pavyzdžiui, mokėti mokesčius reikalaujantys įstatymai, mūsų eventualus paklusimas šiems įstatymams, nors ir įprastas, nėra įdiegtas, kaip įprotis, mes nepaklūstame jiems nesusimąstydami ir lengvai, kaip yra įpročio atveju. Ir vis dėlto, nors paklusnumui, kurio sulaukia Rex, šio įpročio elemento dažnai trūksta, kiti svarbūs elementai jam yra būdingi. Kai sakome, kad asmuo turi įprotį, pavyzdžiui, pusryčiaudamas skaityti laikraštį, iš to išplaukia, kad jis jau tam tikrą laiką tai darė praeityje ir tikėtina, kad toks jo elgesys kartosis ir ateityje. Bet tokiu atveju ir daugelį mūsų įsivaizduojamos bendruomenės žmonių galima apibūdinti kaip apskritai paklūstančius Rex įsakymams bet kuriuo metu po to, kai baigėsi pradinis sunkumų laikotarpis, ir tikriausiai paklusiančius jiems ir ateityje.

Reikia pasakyti, kad tokioje viešpataujant Rex susidariusioje socialinėje situacijoje įprotis paklusti yra kiekvieno valdinio ir Rex asmeninis santykis: kiekvienas paprastai daro tai, ką Rex liepia daryti ir jam, ir kitiems asmenims. Pasakymas, kad *gyventojai* „turi šitokį įprotį“, kaip ir tvirtinimas, kad žmonės yra įpratę šeštadienio vakarais lankytis smuklėje, reiškia tik tai, kad daugelio žmonių įpročiai yra

supanašėję: kiekvienas iš jų yra pratęs paklusti Rex, lygiai kaip kiekvienas iš jų gali būti pratęs šeštadienio vakarą eiti į smuklę.

Reikia pažymėti, jog tam, kad šioje labai paprastoje situacijoje Rex būtų suverenas, reikalingi tik gyventojų asmeninio paklusimo aktai. Iš kiekvieno jų reikalaujama tik vieno – paklusti; tol, kol galima nuolat tikėtis paklusnumo, niekam iš bendruomenės narių nereikia turėti ar pareikšti kokios nors nuomonės dėl to, ar jo paties arba kitų paklusimas Rex kuriuo nors požiūriu yra teisingas, tinkamas arba teisėtai reikalaujamas. Kad įpročio paklusti sąvoką galėtume pritaikyti kuo tiksliau, mes aprašėme visuomenę, kuri, atvirai sakant, yra labai paprasta. Tikriausiai ji yra net per daug paprasta, kad kur nors būtų egzistavusi, ir tai tikrai nėra primityvi visuomenė; juk ankstyvosioms visuomenėms tokie absoliutūs valdovai kaip Rex yra beveik nežinomi, o jų nariams paprastai rūpi ne tiesiog paklusti, bet jie turi aiškų požiūrį, kad visų tų, kuriuos tai liečia, paklusimas yra teisingas dalykas. Ir vis dėlto Rex valdoma bendruomenė iš tikrųjų turi kai kurių svarbių požymių, būdingų visuomenei, kurioje viešpatauja teisė, – bent jau tol, kol yra gyvas Rex. Tam tikra prasme ji netgi yra vieninga, todėl ją galima vadinti „valstybe“. Šį vieningumą suponuoja ta aplinkybė, kad bendruomenės nariai paklūsta tam pačiam asmeniui, nors jie gali neturėti jokios nuomonės dėl to, ar tai daryti yra teisinga.

Dabar įsivaizduokime, kad sėkmingai valdęs Rex miršta, palikęs sūnų Rex II, kuris irgi imasi leisti bendro pobūdžio įsakymus. Vien ta aplinkybė, kad, kol buvo gyvas Rex I, buvo visuotinai įprasta jam paklusti, pati savaime nė kiek nepadidina tikimybės, kad iš įpročio bus paklūstama ir Rex II. Bet jeigu vienintelis dalykas, kuriuo galima remtis, yra ta aplinkybė, kad paklūstama Rex I, ir tikimybė, kad *jam* ir toliau būtų paklūstama, vadinasi, Rex II pirmojo

įsakymo mes negalėsime laikyti tokiu įsakymu, kurį davė suverenas ir kuris dėl to yra teisė, kaip galėjome pasakyti apie Rex I paskutinįjį įsakymą. Kol kas dar nėra susiformavęs įprotis paklusti Rex II. Dar reikia palaukti ir pažiūrėti, ar Rex II bus paklūstama taip, kaip buvo paklūstama jo tėvui, – tik tada bus galima teigti, kad, remiantis šia teorija, dabar jis yra suverenas, o jo įsakymai yra teisė. Nėra nieko, kas padarytų jį suverenu iš pat pradžių. Teigti, kad susiformavo įprotis paklusti, bus galima tik tada, kai žinosime, kad tam tikrą laiką jo įsakymų buvo klausoma. Tik tuomet, bet ne anksčiau, apie kiekvieną naują įsakymą bus galima pasakyti, kad jis jau yra teisė nuo jo išleidimo momento, dar prieš tai, kai jam paklūstama. Kol nebus pasiekta ši stadija, bus tarpuvaldžio laikotarpis, kurio metu jokia teisė negali būti kuriama.

Tokia padėtis, žinoma, yra įmanoma, o neramiais laikais ji kartais iš tikrųjų susiklosto, tačiau nutrūkus tęstinumui iškylantys pavojai yra akivaizdūs, ir jų paprastai vengiama. Kad taip neatsitiktų, net ir absoliutinės monarchijos teisinei sistemai yra būdinga užtikrinti teisę kuriančios valdžios nenutrūkstamą tęstinumą normomis, susiejančiomis vieną teisės kūrėją su kitu: šios normos *iš anksto* reguliuoja įpėdinystę, įvardydamos teisės kūrėją arba bendrais bruožais nusakydamos jo savybes ir būdą, kuriuo jį būtų galima nustatyti. Šiuolaikinėje demokratijoje šios savybės labai sudėtingos, jos susijusios su įstatymų leidybos institucijos, kurios narių personalinė sudėtis dažnai kinta, sudėtimi, bet tęstinumui reikalingų normų esmę įmanoma pavaizduoti paprastesnėmis formomis, kurios tinka ir mūsų hipotetinei monarchijai. Jeigu norma nustato vyriausiojo sūnaus įpėdinystės teisę, tai Rex II turės *titulą**, įgalinantį jį užimti tėvo

* Anglų kalbos žodis *title* žymi ir *titulą* (t.y. tam tikrą asmens aukštą kilmę liudijantį ir dėl to tam tikras ypatingas teises garantuojantį vardą), ir apskritai *subjektyvinę teisę* arba atskiras jos rūšis (pavyzdžiui, su tam

vietą. Po tėvo mirties jis turės *teisę* kurti teisę, ir kai tik bus išleisti jo pirmieji įsakymai, bus galima visiškai pagrįstai teigti, kad šie įsakymai jau yra teisė dar iki to, kol tarp jo, kaip asmens, ir jo valdinių susiklostys koks nors įprastinio paklusnumo santykis. Tiesą sakant, toks santykis gali niekuomet neatsirasti. Ir vis dėlto Rex II žodis gali būti teisė; juk jis pats gali mirti netrukus po to, kai išleis savo pirmuosius įsakymus; jis nesulaukė to meto, kai jam būtų paklūstama, tačiau jis galėjo turėti *teisę* kurti teisę, ir jo įsakymai galėjo būti teisė.

Aiškinant teisę kuriančios valdžios tęstinumą atskiriems įstatymų leidėjams keičiant vienas kitą, įprasta vartoti tokias sąvokas kaip „įpėdinystės tvarka", „titulas", „įpėdinystės teisė" ir „teisė kurti teisę". Tačiau akivaizdu, kad, vartojant šias sąvokas, į apyvartą įvedama sistema naujų elementų, kurių niekaip nepaaiškina įpročio paklusti bendro pobūdžio įsakymams idėja; remdamiesi šia suvereniteto teorijos nuostatų diktuojama idėja, mes ir sukonstravome paprastą Rex I teisinį pasaulį. Juk tame pasaulyje nebuvo normų, taigi nebuvo ir teisių arba titulų, o todėl *a fortiori** nebuvo teisės arba titulo, kurį būtų galima paveldėti: jame buvo vien tik faktai, kad įsakymus davė Rex I ir kad jo įsakymams buvo įprasta paklusti. Tam, kad Rex, kol jis buvo gyvas, būtų suverenas, o jo įsakymai būtų teisė, nieko daugiau ir nereikėjo; bet to nepakanka, kad jo įpėdinis įgytų *teises*. Įpročio paklusti idėja faktiškai negali paaiškinti tęstinumo, kurį kiekviena normali teisės sistema išsaugo, kai vieną įstatymų leidėją pakeičia kitas, ir negali dėl dviejų

tikromis užimamomis pareigomis ar socialiniu statusu susijusias asmens teises, nuosavybės teisę, valstybės teisę į teritoriją arba net tiesiog valstybės suverenitetą). Taigi terminas *titulas* savo platesniąja (būdinga anglų kalbai, bet kur kas mažiau įprasta lietuvių kalbai) prasme rodo esant glaudų ryšį tarp subjektyvinės teisės ir jos turėtojo, kuris kartais vadinamas *title-holder*, t.y. titulo ir su juo susijusių teisių turėtoju.

* Juo labiau *(lot.)*.

skirtingų, tačiau susijusių priežasčių. Pirma, įprotis paklusti vieno įstatymų leidėjo duodamiems įsakymams pats savaime negali suteikti naujajam įstatymų leidėjui jokios *teisės* užimti senojo įstatymų leidėjo vietą ir duoti įsakymus vietoj jo. Antra, įprastinis paklusimas senajam įstatymų leidėjui pats savaime dar nereiškia tikimybės, kad bus paklūstama naujojo įstatymų leidėjo įsakymams, ir nesukuria tokios prielaidos. Kad tokia teisė ir tokia prielaida būtų valdžios perėmimo momentu, reikia, kad dar valdant ankstesniajam įstatymų leidėjui visuomenėje būtų gyvavusi kur kas sudėtingesnė bendra socialinė praktika negu ta, kurią galima apibūdinti pasitelkus įpročio paklusti idėją: turėjo būti akcentuojama norma, pagal kurią naujasis įstatymų leidėjas įgyja teisę perimti valdžią.

Kas yra ši sudėtingesnė praktika? Kas yra šis normos akceptavimas? Čia mums teks iš naujo pradėti klausinėti tų pačių dalykų, apie kuriuos trumpai užsiminėme I skyriuje. Kad atsakytume į šiuos klausimus, mes turime laikinai palikti nuošalyje teisės normas, kaip specialų atvejį. Kuo įprotis skiriasi nuo normos? Koks yra skirtumas tarp grupę apibūdinančio teiginio, kad jie turi įprotį šeštadienio vakarais vaikščioti į kiną, ir teiginio, kad jie laikosi normos, jog, įėjęs į bažnyčią, vyriškis privalo nusiimti kepurę? I skyriuje jau esame paminėję kai kuriuos iš tų elementų, kuriuos būtina analizuoti, analizuojant šios rūšies normas, ir dabar mums reikia toliau plėtoti šią analizę.

Socialinės normos ir įpročiai iš tikrųjų yra panašūs vienu požiūriu: abiem atvejais aptariamasis elgesys (pavyzdžiui, kepurės nusiėmimas bažnyčioje) turi būti visuotinis, nors nebūtinai visiškai vienodas; tai reiškia, kad esant progai jį kartoja daugelis grupės narių; mes jau esame minėję, kad kaip tik šitai reiškia posakis „Jie daro tai *kaip taisyklė*“. Bet, be šio panašumo, yra ir trys ryškūs skirtumai.

Pirma, kad grupė turėtų *įprotį*, pakanka, kad jos narių elgesys faktiškai supanašėtų. Nukrypimas nuo įprastinės tvarkos neturi duoti dingsties kokiai nors kritikai. Bet tokio visuotinio elgesio supanašėjimo ar net visiško suvienodėjimo nepakanka tam, kad egzistuotų tokio elgesio reikalaujanti norma: tuomet, kai tokia norma egzistuoja, nukrypimai paprastai vertinami kaip klaidos arba ydos, kurias galima kritikuoti, ir jeigu iškyla grėsmė, kad bus nukrypta nuo normos, toks potencialus nukrypimas susiduria su spaudimu jos laikytis, tačiau šios kritikos ir spaudimo formos skiriasi priklausomai nuo įvairių normų tipų.

Antra, ten, kur tokios normos egzistuoja, ne tik faktiškai susiduriame su tokia kritika, bet ir nukrypimas nuo elgesio modelio visuotinai pripažįstamas *pakankamu pagrindu* šiai kritikai. Tokio nukrypimo kritikavimas traktuojamas kaip legitimus arba pateisinamas ta pačia prasme, kaip ir reikalavimas paklusti elgesio modeliui, kai iškyla grėsmė, kad nuo jo gali būti nukrypta. Maža to, išskyrus užkietėjusius pažeidėjus, kurių yra mažuma, šią kritiką bei reikalavimus legitimiais arba visiškai pagrįstais paprastai laiko ir tie, kurie kritikuoja arba reikalauja, ir tie, kurie yra kritikuojami arba iš kurių yra reikalaujama. Kiek grupės narių turi šiais įvairiais būdais traktuoti įprastinį elgesio modelį kaip kritikos pagrindą, kaip dažnai ir kaip ilgai jie turi tai daryti, kad pateisintų teiginį, jog ši grupė turi normą, nėra apibrėžta; bet šie dalykai neturėtų mūsų jaudinti labiau negu klausimas, kiek plaukų gali turėti žmogus, kad vis dėlto būtų plikas. Mums tik reikia atminti, jog teiginys, kad grupėje yra tam tikra norma, suderinamas su mažumos, ne tik laužančios normą, bet ir atsisakančios žiūrėti į ją kaip į modelį sau arba kitiems, egzistavimu.

Trečiasis socialines normas nuo įpročių skiriantis požymis išplaukia iš to, kas jau pasakyta, tačiau jis yra toks svarbus, o jurisprudencija jį taip dažnai ignoruoja arba ne-

teisingai traktuoja, kad mes jį čia išnagrinėsime smulkiau. Tai yra požymis, kurį toliau šioje knygoje mes vadinsime normų *vidiniu aspektu*. Kai socialinėje grupėje įprotis yra visuotinis, šis visuotinumas yra tik faktas, apibūdinantis galimą stebėti daugumos grupės narių elgesį. Kad toks įprotis būtų, nė vienas grupės narys neturi kokiu nors būdu mąstyti apie visuotinį elgesį, jis net neturi žinoti, kad aptariamasis elgesys yra visuotinis; dar mažiau jiems reikia stengtis ką nors šio elgesio mokyti arba siekti jį palaikyti. Pakanka, kad kiekvienas pats elgiasi taip, kaip faktiškai elgiasi ir kiti. Tuo tarpu kad egzistuotų socialinė norma, reikia, jog bent kai kurie grupės nariai aptariamąjį elgesį laikytų bendru modeliu, kuriuo visa grupė turėtų sekti. Be socialinei normai ir socialiniam įpročiui bendro išorinio aspekto, kurį stebėtojas gali fiksuoti ir kurį sudaro įprastinis vienodas elgesys, socialinė norma turi ir „vidinį" aspektą.

Šio normų vidinio aspekto pavyzdžių nesunkiai galima aptikti bet kurio žaidimo taisyklėse. Pašalinis stebėtojas, stebintis šachmatininkų ėjimus, tačiau nieko nenutuokiantis apie tai, kaip šiuos ėjimus vertina patys šachmatininkai, galėtų užfiksuoti, kad jiems būdingas panašus įprotis vienodai stumdyti valdovę; bet šachmatininkams būdinga ne tik tai. Jiems taip pat būdingas sąmoningas kritiškas požiūris į šį elgesio variantą: jie laiko jį modeliu visiems, žaidžiantiems šį žaidimą. Kiekvienas iš jų ne tik pats tam tikru būdu pastumia valdovę, bet ir „turi nuomonę" apie tai, ar visiems dera stumdyti valdovę šiuo būdu. Šios nuomonės aiškiai pastebimos iš to, kad, kitiems faktiškai nukrypus nuo modelio arba iškilus nukrypimo grėsmei, jie yra kritikuojami arba iš jų reikalaujama paklusti taisyklėms, o tie, kurie yra kitų kritikuojami, pripažįsta šios kritikos ir reikalavimų legitimumą. Šiai kritikai, reikalavimams arba pritarimui išreikšti pasitelkiamas platus „normatyvinės" kalbos spektras. „Aš (tu) neturėjau (neturėjai) šitaip pastumti valdovės";

„Aš (tu) turiu (turi) eiti taip“; „Tai yra teisinga“; „Tai yra neteisinga“.

Normų vidinis aspektas dažnai traktuojamas neteisingai, kaip susijęs tik su „jausmais“, priešingai fiziniam elgesiui, kurį galima stebėti iš šalies. Be abejo, tada, kai socialinė grupė visuotinai akceptuoja normas ir jas visuotinai palaiko socialine kritika ir spaudimu joms paklusti, individai dažnai gali patirti psichologinius išgyvenimus, analogiškus tiems, kuriuos sukelia suvaržymai arba prievarta. Sakydami, kad jie „jaučiasi priversti*“ elgtis tam tikru būdu, jie iš tikrųjų gali remtis šiais išgyvenimais. Bet tokie jausmai nėra reikalingi ar pakankami tam, kad egzistuotų „įpareigojančios“ normos. Teigdami, kad žmonės akceptuoja tam tikras normas, bet nepatiria jausmo, tarsi jie būtų verčiami, mes neprieštaraujame patys sau. Tačiau reikia, kad žmonės tam tikrus elgesio variantus kritiškai ir sąmoningai vertintų kaip bendrą modelį ir kad tai atsispindėtų kritikoje (ir savikritikoje), reikalavimuose paklusti ir pripažinime, kad tokia kritika ir reikalavimai yra pateisinami, – visa tai būdingai išreiškia normatyviniai terminai „reikia“, „privalo“, „turi“, „teisinga“ ir „neteisinga“.

Tokie tad yra esminiai bruožai, skiriantys socialines normas nuo paprastų grupinių įpročių; žinodami juos, mes galime vėl imtis teisės. Galima numanyti, kad mūsų socialinėje grupėje galioja ne tik normos, paverčiančios tam tikrą elgesio rūšį modeliu, kaip, pavyzdžiui, ta, kuri reikalauja bažnyčioje nusiimti kepurę, bet ir norma, įgalinanti identifikuoti elgesio modelius ne tokiu tiesioginiu būdu, vadovaujantis tam tikro asmens pasakytais ar parašytais žodžiais. Ši norma savo paprasčiausia forma nustato, kad visus tuos veiksmus, kuriuos liepia (galbūt tam tikrais formaliai apibrėžtais būdais) atlikti Rex, reikia atlikti. Tai visiškai pakei-

* Anglų kalbos žodis *bound* reiškia ir *priverstas* arba *įpareigotas*, ir *surištas* arba *įrištas*, ir *susaistytas*.

čia situaciją, kurią mes iš pradžių aprašėme kaip įpročio paklusti Rex situaciją; juk ten, kur yra akceptuota šitokia norma, Rex ne tik faktiškai nurodys, kas turi būti atlikta, bet ir turės *teisę* tai daryti, o jo įsakymams ne tik bus visuotinai paklūstama, bet bus visuotinai pripažįstama, kad yra *teisinga* jam paklusti. Rex faktiškai bus įstatymų leidėjas, turintis *autoritetingą valdžią* leisti įstatymus, t.y. įdiegti į grupės gyvenimą naujus elgesio modelius, o kadangi mes dabar kalbame ne apie „įsakymus", bet apie modelius, tai nėra jokios priežasties, dėl kurios jis neturėtų būti saistomas savo paties išleistų įstatymų.

Socialinė praktika, pajungta tokiai autoritetingai legislatyvinei valdžiai, bus iš esmės tokia pati, kaip ir susiklostanti veikiant paprastoms tiesioginėms elgesio normoms, pavyzdžiui, kad bažnyčioje reikia nusiimti kepurę, kurias dabar galime laikyti tiesiog paprotinėmis normomis, ir jos lygiai taip pat skirsis nuo visuotinių įpročių. Dabar elgesio modelis bus Rex *žodis,* taigi nukrypimus nuo Rex nustatyto elgesio bus galima kritikuoti; dabar bus visuotinai remiamasi Rex žodžiu, jis bus laikomas pateisinančiu kritiką ir reikalavimus.

Kad suprastume, kaip šios normos paaiškina legislatyvinės valdžios tęstinumą, mums pakanka tik atkreipti dėmesį į tai, jog kai kuriais atvejais dar prieš naujajam įstatymų leidėjui pradedant leisti įstatymus jau gali būti aišku, kad egzistuoja tvirtai įsišaknijusi norma, suteikianti jam, kaip tam tikros asmenų *klasės* arba linijos atstovui, teisę tai daryti, kai ateis jo eilė. Todėl gali atsitikti taip, kad dar esant gyvam Rex I grupėje bus visuotinai pripažįstama, jog asmuo, kurio žodžio turi būti klausoma, nėra tik konkretus Rex I, bet tai yra asmuo, kuris tuo metu atitinka tam tikrus apibrėžtus reikalavimus, pavyzdžiui, yra vyriausias iš visų gyvenančių tam tikro protėvio tiesioginės linijos palikuonių; tada Rex I yra tiesiog tam tikras konkretus asmuo,

tam tikru konkrečiu metu atitinkantis šiuos reikalavimus. Kitaip nei įprotis paklusti Rex I, ši norma žvelgia į ateitį, nes ji orientuojasi ne tik į dabartinį faktiškąjį įstatymų leidėją, bet ir į galimus būsimuosius įstatymų leidėjus.

Tai, kad tokia norma yra akceptuojama, vadinasi, ir tai, kad ji egzistuoja, Rex I gyvavimo laikotarpiu rodo paklusimas jam, o kartu ir pripažinimas, kad paklusnumas yra tai, į ką jis turi teisę, nes jis atitinka bendrosios normos nustatytus reikalavimus. Jau vien todėl, kad grupėje tam tikru metu akceptuojamos normos veikimo sritis įgalina šiuo būdu bendrais bruožais numatyti būsimuosius įstatymų leidėjo įpėdinius, jos akceptavimas leidžia mums konstatuoti *ir* tą teisinę aplinkybę, kad įpėdinis turi teisę leisti įstatymus net prieš pradėdamas tai daryti, *ir* tą faktą, kad jis gali tikėtis tokio paties paklusimo, kaip ir jo pirmtakas.

Žinoma, tai, jog visuomenė tam tikru momentu akceptuoja normą, dar *negarantuoja,* kad ši norma galios ir toliau. Gali kilti revoliucija, visuomenė gali liautis skaitytis su šia norma. Tai gali įvykti arba pirmajam įstatymų leidėjui, Rex I, dar esant gyvam, arba tuo metu, kai jo vietą užima naujasis įstatymų leidėjas, Rex II, ir jeigu tai atsitiks, Rex I praras teisę leisti įstatymus arba Rex II šios teisės neįgis. Tiesa, gali susiklostyti neaiški padėtis: gali būti sudėtingų tarpinių laikotarpių, kai neaišku, ar mes turime reikalą tik su maištavimu arba su laikinais senosios normos galiojimo pertrūkiais, ar su negrįžtamu ir visa apimančiu jos atmetimu. Bet dalykas iš esmės yra aiškus. Nuostata, kad naujasis įstatymų leidėjas turi teisę leisti įstatymus, remiasi prielaida, jog socialinėje grupėje galioja norma, pagal kurią jis turi šią teisę. Jeigu yra aišku, kad norma, kuri jam dabar suteikia tokią teisę, buvo akceptuojama tuo metu, kai dar buvo gyvas jo pirmtakas, kuriam ji taip pat suteikė tokią teisę, reikia manyti, kad ji nebuvo atmesta ir vis dar galioja, nes nėra įrodymų, patvirtinančių, jog yra priešingai. Ly-

giai tokį patį tęstinumą matome rungtynėse, kai taškų skaičiuotojas, neturėdamas įrodymų, kad po paskutiniųjų ininigų* žaidimo taisyklės buvo pakeistos, įskaito naujojo betsmeno** įprastiniu būdu atliktus perbėgimus.

Aptarėme paprastus teisinius pasaulius, kuriuose gyvena Rex I ir Rex II, ir šito tikriausiai pakanka, norint parodyti, jog daugumai teisinių sistemų būdingas legislatyvinės valdžios tęstinumas priklauso nuo tos socialinės praktikos formos, kuri lemia tai, kad norma yra visuomenės akceptuojama, ir mūsų nurodytais aspektais skiriasi nuo paprasto paklusimo iš įpročio. Šią argumentaciją galima apibendrinti tokiu būdu. Net jeigu darytume prielaidą, kad tam tikras asmuo, kaip antai Rex, kurio bendro pobūdžio įsakymams iš įpročio paklūstama, gali būti vadinamas įstatymų leidėju, o jo įsakymai – įstatymais, vien tik įpročio paklusti kiekvienam naujam šio įstatymų leidėjo įpėdiniui toli gražu nepakanka, kad įpėdinis turėtų *teisę* paveldėti, taigi ir kad legislatyvinė valdžia nenutrūktų. Visų pirma, įpročiai nėra „normatyvūs", todėl jie niekam negali suteikti teisių arba valdžios. Antra, įprotis paklusti vienam asmeniui negali (nors akceptuotos normos – gali) būti susijęs ne tik su dabartiniu įstatymų leidėju, bet ir su būsimųjų jo įpėdinių klase ar linija arba užtikrinti paklusimą ir jiems. Taigi tai, jog vienam įstatymų leidėjui paklūstama iš įpročio, neleidžia nei tvirtinti, kad jo įpėdinis turės teisę kurti teisę, nei konstatuoti, jog reikia tikėtis, kad jam bus paklūstama.

Tačiau kaip tik čia reikia atkreipti dėmesį į vieną svarbų dalyką, kurį mes kitame skyriuje išnagrinėsime visapusiš-

* Beisbolo raundas *(inning)*, kurio metu abi komandos po kartą muša kamuolį.

** Beisbolo žaidėjas (lietuviškai kartais vadinamas *mušėju)*, specialia lazda – betu *(bat)* – atmušantis į aikštę mestą kamuolį. Jo uždavinys – perbėgti visas keturias „bazes" *(base)*, kol priešininko komandos žaidėjai sugaus atmuštą kamuolį, ir pelnyti savo komandai tašką.

kai. Tai vienas iš stipriausių Austino teorijos momentų. Norėdami atskleisti esminius akceptuotųjų normų ir įpročių skirtumus, mes pasirinkome labai nesudėtingą visuomenės formą. Baigdami kalbėti apie šį suvereniteto aspektą, turime pasidomėti, kokiu mastu mūsų samprotavimus apie teisę leisti įstatymus suteikiančios normos akceptavimą galima taikyti šiuolaikinei valstybei. Mūsų paprastos visuomenės atveju mes samprotavome taip, tarsi dauguma eilinių žmonių ne tik paklūsta įstatymams, bet ir supranta arba akceptuoja normą, nustatančią teisės kūrėjų įpėdinystės teisę, įgalinančią juos leisti įstatymus. Taip iš tikrųjų gali būti tik paprastoje visuomenėje; bet būtų absurdiška manyti, jog šiuolaikinėje valstybėje didžioji gyventojų dauguma, kad ir kokie klusnūs įstatymų reikalavimams jie būtų, galėtų bent kiek aiškiau suvokti normas, reglamentuojančias nuolat kintančią instituciją, susidedančią iš asmenų, kuriems suteikta teisė leisti įstatymus. Sakyti, kad gyventojai „akceptuoja" šias normas lygiai taip pat, kaip kokios nors mažos genties nariai akceptuoja normą, suteikiančią valdžią jos vienas kitą keičiantiems vadams, reikštų, jog į eilinių piliečių galvas įdedamas konstitucijos dalykų supratimas, nors šių dalykų jie gali ir neišmanyti. Tokio supratimo galima būtų reikalauti tik iš pareigūnų arba iš sistemos žinovų, iš teismų, kurių funkcija yra nustatyti, kas yra teisė, ir iš teisininkų, su kuriais eiliniai piliečiai konsultuojasi, norėdami sužinoti, kas ji yra.

Į šiuos paprastos gentinės visuomenės ir šiuolaikinės valstybės skirtumus verta atkreipti dėmesį. Tad kokiu būdu per amžius nepakitusią Karalienės Parlamente legislatyvinę valdžią reikėtų traktuoti kaip grindžiamą tam tikra fundamentalia visuotinai akceptuota norma ar normomis? Paprastai kalbant, šiuo atveju visuotinis normos akceptavimas yra sudėtingas reiškinys, tarsi suskylantis į du: pareigūnai ir eili-

niai piliečiai skirtingais būdais lemia normos akceptavimą ir teisinės sistemos egzistavimą. Galima teigti, kad sistemos pareigūnai neabejotinai pripažįsta šias fundamentalias normas, suteikiančias legislatyvinę valdžią: įstatymų leidėjai tai daro tuomet, kai jie kuria įstatymus vadovaudamiesi normomis, suteikiančiomis jiems teisę tai daryti; teismai tai daro tuomet, kai įstatymus, išleistus tų, kuriems suteikta teisė tai daryti, jie identifikuoja kaip įstatymus, kuriuos jie turi taikyti; o ekspertai tai daro tuomet, kai jie, remdamiesi taip išleistais įstatymais, vadovauja eiliniams piliečiams. Eilinis pilietis tai, kad jis akceptuoja normą, dažniausiai parodo paklusdamas šių pareigūnų veiksmų rezultatams. Jis laikosi šiuo būdu sukurtos ir identifikuotos teisės, reiškia ja grindžiamus reikalavimus bei naudojasi jos suteiktomis galiomis. Bet apie jos kilmę arba jos kūrėjus jis gali žinoti labai mažai: kai kurie žmonės apie įstatymus gali žinoti tik tai, kad tai yra „teisė“, ir nieko daugiau. Ji draudžia eiliniams piliečiams daryti tai, ką jie norėtų daryti, o šie žino, kad, jeigu nepaklus teisės reikalavimams, policininkas gali juos areštuoti, o teisėjas nuteisti laisvės atėmimu. Tą aplinkybę, kad teisinės sistemos pagrindas yra paklusimas iš įpročio grasinimais paremtiems įsakymams, akcentuojanti doktrina priverčia realistiškai pažvelgti į šį santykinai pasyvų sudėtingo reiškinio, kurį mes vadiname teisine sistema, aspektą, ir tai yra šios doktrinos jėga. Šios doktrinos silpnoji vieta yra tai, kad ji nepaaiškina kito, santykinai aktyvaus, šio reiškinio aspekto, kuris pastebimas pirmiausiai, tačiau ne tik sistemos pareigūnų arba ekspertų veikloje, kai jie kuria, identifikuoja arba taiko teisę, arba šį aspektą iškreipia. Jeigu norime šį sudėtingą socialinį reiškinį matyti tokį, koks jis iš tikrųjų yra, turime nepamiršti nė vieno iš šių aspektų.

2. Teisės išlikimas

1944 m. Anglijoje viena moteris buvo apkaltinta ir nuteista už tai, kad, pažeisdama 1735 m. Raganavimo aktą, būrė ateitį[16]. Tai tik vaizdingas pavyzdys, iliustruojantis labai gerai žinomą teisinį reiškinį: prieš šimtmečius išleistas įstatymas šiandien vis dar gali būti teisė. Ir nors toks reiškinys tikrai gerai žinomas, šio teisės išlikimo aspekto negalima suprasti vadovaujantis paprasta schema, traktuojančia įstatymus kaip asmens, kuriam iš įpročio paklūstama, įsakymus. Čia mes faktiškai susiduriame su problema, priešinga mūsų ką tik aptartajai teisę kuriančios valdžios tęstinumo problemai. Tada, remdamiesi paprasta įpročių paklusti schema, klausėme, kaip gali atsitikti, kad pirmasis įstatymas, kurį išleidžia ankstesnįjį įstatymų leidėją pareigose pakeitęs asmuo, *jau* yra teisė prieš jam asmeniškai sulaukiant įprastinio paklusnumo. Šįsyk klausimas yra toks: kaip gali seniai mirusio ankstesniojo įstatymų leidėjo išleistas įstatymas *vis dar* būti teisė visuomenėje, apie kurią negalima pasakyti, kad ji paklūsta šiam įstatymų leidėjui? Kaip ir pirmuoju atveju, neiškyla jokių sunkumų, jeigu mes apsiribojame paprasta schema, kai įstatymų leidėjas tebėra gyvas. Juk iš tikrųjų, atrodo, ši schema kuo puikiausiai paaiškina, kodėl Anglijoje Raganavimo aktas buvo teisė, bet Prancūzijoje šis įstatymas negalėjo būti teisė, net jeigu jo nuostatos ir būtų apėmusios Prancūzijos piliečius, buriančius ateitį Prancūzijoje, nors, žinoma, jį buvo galima taikyti tiems prancūzams, kuriems, jų nelaimei, teko stoti prieš Anglijos teismus. Šį dalyką paprastai būtų galima paaiškinti taip: Anglijoje buvo įprasta paklusti tiems, kurie išleido šį įstatymą, o Prancūzijoje – ne. Todėl tai buvo teisė Anglijai, o Prancūzijai – ne.

[16] *R.* v. *Duncan* [1944] 1 KB 713.

Nekvestionuojamas įstatymų gebėjimas pergyventi savo kūrėjus ir tuos, kurie jiems iš įpročio paklusdavo, – tai ta įstatymų savybė, kurią čia turime paaiškinti, todėl mes negalime į juos žvelgti siaurai, apsiribodami vien tik jų kūrėjų gyvenamuoju laikotarpiu. Kodėl tad Raganavimo aktas, kuris nebuvo teisė anų dienų prancūzams, vis dar yra teisė mums? Juk mes, dvidešimtojo amžiaus anglai, tikrai negalime apie save pasakyti, esą mes vis dar iš įpročio paklūstame Jurgiui II ir jo Parlamentui, nors šiems žodžiams ir suteiktume pačią plačiausią prasmę. Šiuo požiūriu šių dienų anglai yra panašūs į ano meto prancūzus: nei vieni, nei kiti nepaklūsta arba nepakluso šio įstatymo kūrėjui iš įpročio. Raganavimo aktas gali būti vienintelis aktas, likęs iš ano viešpatavimo, ir vis dėlto Anglijoje jis vis dar gali būti teisė. Atsakymas į klausimą „Kodėl vis dar teisė?" yra iš esmės toks pat, kaip ir atsakymas į klausimą „Kodėl jau teisė?", nes jame pernelyg paprasta įpročių paklusti suvereniam asmeniui sąvoka pakeičiama kita – asmenų, kurių žodis sukuria visuomenei elgesio modelį, t.y. tų asmenų, kurie turi *teisę* leisti įstatymus, klasę arba liniją apibrėžiančių ir šiuo metu akceptuotų fundamentaliųjų normų sąvoka. Tokia norma turi galioti šiuo metu, bet veikimo požiūriu ji gali būti nepriklausoma nuo laiko: ji gali žvelgti ne tik į ateitį ir būti susijusi su būsimojo įstatymų leidėjo legislatyvine veikla, bet ji taip pat gali žvelgti atgal ir būti susijusi su buvusiojo įstatymų leidėjo veikla.

Pasitelkę paprastą Rex dinastijos schemą, gauname tokį vaizdą. Kiekvienas iš tai pačiai genealoginei linijai priklausančių įstatymų leidėjų – Rex I, Rex II ir Rex III – gali gauti tą teisę pagal tą pačią bendrą normą, suteikiančią teisę leisti įstatymus vyriausiajam gyvam tiesioginės linijos palikuoniui. Mirus konkrečiam valdovui, jo legislatyvinės veiklos rezultatai išlieka; juk tas pagrindas, kuriuo jie remiasi, yra bendra norma, kurią kitos šios visuomenės narių

kartos gerbia ir toliau, paisydamos kiekvieno įstatymų leidėjo, nesvarbu, kada jis gyveno. Šioje paprastoje situacijoje jie visi – ir Rex I, ir Rex II, ir Rex III – turi teisę leisti įstatymus ir tokiu būdu nustatyti elgesio modelius; šią teisę jiems suteikia ta pati bendra norma. Daugelyje teisinių sistemų viskas yra ne taip paprasta, nes šiuo metu akceptuotoji norma, pagal kurią praeityje išleisti įstatymai yra pripažįstami teise, gali skirtis nuo normos, susijusios su dabarties įstatymų leidyba. Tačiau žinant, kad šiuo metu ši pamatinė norma yra akceptuojama, įstatymų išlikimą ne ką sunkiau suprasti negu tą faktą, kad varžybų teisėjo sprendimai, padaryti pirmajame rungtynių kėlinyje, žaidžiant komandoms, kurių sudėtys po to pasikeitė, turi turėti tokią pačią reikšmę galutiniam varžybų rezultatui, kaip ir naujojo teisėjo, užėmusio ankstesniojo vietą trečiajame kėlinyje, sprendimai. Ir vis dėlto, nors akceptuotos normos, suteikiančios galią ne tik dabartinių, bet ir buvusiųjų ir būsimųjų įstatymų leidėjų įsakymams, sąvoka ir nėra nesuprantama, ji kur kas sudėtingesnė ir rafinuotesnė negu įpročio paklusti dabartiniam įstatymų leidėjui idėja. Tad ar galima išsklaidyti šį sudėtingumą ir, kaip nors sumaniai išplėtus grasinimais paremtų įsakymų koncepcijos ribas, parodyti, kad įstatymų išlikimą galiausiai lemia kur kas paprastesnis paklusimo dabartiniam suverenui iš įpročio faktas?

Jau būta vieno išradingo mėginimo tai padaryti: Hobbesas yra pasakęs, jog „ne tas yra suverenas, kas, naudodamasis savo autoritetu, pirmąkart išleido įstatymus, bet tas, kieno autoritetas užtikrina, kad jie ir toliau lieka įstatymai“[17]; čia jam antrino Benthamas ir Austinas. Atmetus normos sąvoką ir pasirinkus paprastesnę įpročio idėją, iškart nepaaiškėja, kokį dar „autoritetą“, jeigu ne „valdžią“*,

[17] *Leviatanas*, sk. xxvi.

* *Anglų k. žodis authority* reiškia *autoritetą, valdžią* arba *valdžios* (arba valdymo) *įstaigą;* kartais jis reiškia du arba net visus šiuos tris dalykus drauge; tai nebūdinga nė vienam iš suminėtųjų lietuvių kalbos žodžių.

gali turėti įstatymų leidėjas. Bet šioje citatoje išsakytas principinis argumentas yra aiškus. O jis yra toks: nors istoriškai susiklostė taip, kad tam tikro įstatymo, kaip antai Raganavimo akto, šaltinis arba šaknys yra buvusiojo įstatymų leidėjo legislatyvinė veikla, savo dabartinį statusą, pagal kurį šis įstatymas yra teisė dvidešimtojo amžiaus Anglijoje, jis įgyja dėl to, kad teise jį pripažįsta dabartinis suverenas. Šis pripažinimas neįgyja *tikslaus* įsakymo formos, kurią turi šiuo metu gyvenančių įstatymų leidėjų išleisti įstatymai; jo forma – tai *tyli* suvereno valios išraiška. Tai lemia tas faktas, kad suverenas nesikiša, nors galėtų, kai jo įgaliotieji atstovai (teismai, o galbūt ir vykdomoji valdžia) taiko labai seniai išleistą įstatymą.

Žinoma, tai yra ta pati mūsų jau nagrinėtoji tyliųjų įsakymų teorija, kurią buvome pasitelkę, bandydami paaiškinti tam tikrų paprotinių normų, niekada niekieno nepalieptų, teisinį statusą. III skyriuje pateikta šios teorijos kritika juo labiau gali būti taikoma tuomet, kai šia teorija mėginama paaiškinti tebesitęsiantį praeityje išleistų įstatymų pripažinimą teise. Juk pažiūra, kad ankstesniojo „suvereno" išleistas įstatymas nėra teisė tol, kol jo faktiškai netaiko teismai, nagrinėjantys konkrečią bylą, ir kol jis nėra prievarta įgyvendinamas, tyliai sutinkant dabartiniam suverenui, iš tikrųjų neįtikina, nors, kita vertus, žinant, jog teismai naudojasi plačia diskrecija atmesti nepagrįstas paprotines normas, neatrodo visiškai nepagrįstas požiūris, kad tol, kol teismai, spręsdami konkrečią bylą, faktiškai netaiko tam tikros paprotinės normos, ši norma neturi teisės statuso. Jeigu ši teorija yra teisinga, iš jos išplaukia išvada, jog teismai tokios normos prievarta neįgyvendina todėl, kad ji jau yra teisė; bet tai būtų absurdiška išvada, padaryta remiantis

Žodis *power*, reiškiantis *valdžią*, kartu reiškia ir *jėgą (galią)*, o tam tikrame kontekste – *teisę, įtaką* ir pan. (plg. prancūzų *autorité* ir *pouvoir*). Todėl *authority* priklausomai nuo konteksto verčiama ir *valdžia*, ir *autoritetas*, ir *autoritetinga valdžia*.

tuo, kad dabartinis įstatymų leidėjas galėjo atšaukti tai, kas buvo nustatyta anksčiau, bet šia savo galia nepasinaudojo. Juk šių dienų Anglijoje Viktorijos epochos įstatymai turi visiškai tą patį teisinį statusą, kaip ir tie, kuriuos šiandien leidžia Karalienė Parlamente. Ir vieni, ir kiti yra teisė dar iki to, kai teismuose atsiduria bylos, kuriose šie įstatymai turėtų būti taikomi, o kai šios bylos patenka į teismą, teismai taiko ir Viktorijos epochos, ir dabar išleistus įstatymus, nes jie jau yra teisė. Nei vienu, nei kitu atveju jie netampa teise tik po to, kai juos pritaiko teismai; abiem atvejais jų, kaip teisės, statusą lemia tas faktas, kad juos išleido asmenys, kurių aktai turi teisinę galią pagal šiuo metu akceptuotas normas, o tai, ar šie asmenys šiuo metu yra gyvi, ar mirę, neturi jokios reikšmės.

Teorija, teigianti, jog praeityje išleistų įstatymų dabartinį teisės statusą lemia tai, kad dabartinis įstatymų leidėjas tyliai neprieštarauja, jog teismai juos taikytų, yra nenuosekli; jos nenuoseklumą aiškiausiai parodo nesugebėjimas paaiškinti, kodėl šių dienų teismai turėtų įžvelgti skirtumą tarp Viktorijos epochos įstatymo, kuris nebuvo panaikintas ir vis dar yra teisė, ir įstatymo, panaikinto Eduardo VII laikais, kuris jau nėra teisė. Paprastai tariant, akcentuodami šiuos skirtumus, teismai (o drauge su jais ir bet kuris teisininkas arba sistemą suprantantis eilinis pilietis) operuoja fundamentaliosios normos ar normų, nustatančių, ką reikia laikyti teise, ir apimančių ir praeities, ir dabarties legislatyvinius veiksmus, kriterijumi: jie skiria šiuos du įstatymus ne vadovaudamiesi žinojimu, kad dabartinis suverenas vieną iš šių įstatymų tyliai įsakė (t.y. leido įgyvendinti prievarta), bet kito – ne.

Kita vertus, galima susidaryti įspūdį, jog vienintelis šios mūsų jau atmestos teorijos pranašumas yra tai, kad ji pateikia labai neaiškų priminimo apie tikrovę variantą. Šiuo atveju primenama, jog jeigu sistemos parcigūnai, visų pir-

ma teismai, neakceptuos normos, nustatančios, kad tam tikros *praeities arba dabarties* legislatyvinės operacijos remiasi teisėta valdžia, jų, kaip teisės, statusui trūks esminio elemento. Bet šis gana banalus realizmas neturėtų būti pakylėtas į teorijos, kuri kartais vadinama teisiniu realizmu ir kurios pagrindinius bruožus mes smulkiai aptarsime toliau[18], lygį; kai kurios šios teorijos atmainos teigia, kad *joks* įstatymas nėra teisė, kol jo faktiškai nėra pritaikęs teismas. Yra skirtumas tarp teisingo teiginio, jog įstatymas yra teisė tik tuo atveju, jeigu teismai akceptuoja normą, nustatančią, kad teisė sukuriama tam tikromis legislatyvinėmis operacijomis, ir klaidingos teorijos, teigiančios, jog niekas nėra teisė, kol to netaiko teismas, sprendžiantis konkrečią bylą; norint suprasti teisę, šis skirtumas yra esminis. Žinoma, kai kurios teisinio realizmo teorijos atmainos eina daug toliau negu mūsų kritikuotasis klaidingas įstatymų išlikimo paaiškinimas; juk jos visiškai neigia, kad kokiam nors buvusio arba *dabartinio* suvereno išleistam įstatymui gali būti priskiriamas teisės statusas, kol jo faktiškai nėra taikęs teismas. Tačiau toks įstatymų išlikimo paaiškinimas, kuris neišauga į visa apimančią realistinę teoriją, bet pripažįsta, kad dabartinio suvereno, skirtingo nuo ankstesniųjų suverenų, išleistieji įstatymai yra teisė dar iki to, kai juos taiko teismai, surenka visa tai, kas abiejose koncepcijose yra blogiausia, ir išties yra absurdiškas. Ši pusinė pažiūra yra nepagrįsta dėl to, kad dabartinio suvereno išleisto įstatymo teisinis statusas ir ankstesniojo suvereno išleisto, bet vėliau nepanaikinto įstatymo teisinis statusas niekuo nesiskiria. Arba ir vienas, ir kitas įstatymas yra teisė (su tuo sutiktų eiliniai teisininkai), arba, kaip teigia visa apimanti realizmo teorija, nė vienas iš šių įstatymų nėra teisė tol, kol mūsų dienų teismai jų neims taikyti, spręsdami konkrečią bylą.

[18] Žr. toliau, p. 236–251.

3. Legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai

Suvereniteto doktrinos akcentuojamą valdinio įprotį paklusti papildo tai, kad pačiam suverenui toks įprotis nebūdingas. Jis kuria teisę savo valdiniams, ir kuria ją būdamas už bet kokios teisės ribų. Jo galiai kurti teisę nėra ir negali būti jokių teisinių ribų. Svarbu suprasti, jog jau pats suvereno sąvokos apibrėžimas numato, kad jo valdžia yra teisiškai neribota: ši teorija tiesiog įrodinėja, kad legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai įmanomi tik tuo atveju, jeigu įstatymų leidėjui įsakinėja kitas įstatymų leidėjas, kuriam pirmasis iš įpročio paklūsta; bet tokiu atveju jis jau nebūtų suverenas. Jeigu jis yra suverenas, jis nepaklūsta jokiam kitam įstatymų leidėjui, vadinasi, negali būti jokių teisinių jo legislatyvinės valdžios apribojimų. Tačiau šios teorijos reikšmingumą lemia anaiptol ne šitokie apibrėžimai ir paprastos būtinai iš jų išplaukiančios išvados, kurios mums nieko nepasako apie faktus. Jos reikšmingumą lemia teiginys, kad kiekvienoje visuomenėje, kurioje yra teisė, yra ir suverenas, pasižymintis šiais požymiais. Tikriausiai mums verta pažvelgti, kas slypi už teisinių ar politinių formų, kurios mums perša mintį, kad visos teisinės galios yra ribotos ir kad joks asmuo arba asmenys negali būti už teisės ribų, t.y. tokioje padėtyje, kurią priskyrėme suverenui. Ir jeigu mes tikrai pasiryžę išsiaiškinti šį dalyką, mes pamatysime tą tikrovę, kuri, pasak šios teorijos, slypi už minėtųjų formų.

Negalima klaidingai interpretuoti šios teorijos kaip silpniau ar stipriau tvirtinančios tam tikrus dalykus, negu ji tai daro iš tikrųjų. Ši teorija teigia ne tik tai, kad būna *tokių* visuomenių, kuriose yra suverenas, turintis teisiškai neribotą valdžią, bet ir tai, kad teisės buvimas visuomet lemia ir tokio suvereno buvimą. Kita vertus, ši teorija kategoriškai neigia, kad apskritai nėra jokių suvereno valdžios apribojimų; ji tik teigia, kad nėra *teisinių* jos apribojimų.

Antai suverenas, įgyvendindamas legislatyvinę valdžią, iš tikrųjų gali paklusti viešajai nuomonei – arba bijodamas pasekmių, kurias gali sukelti jos paniekinimas, arba dėl to, kad jis pats jaučiasi esąs morališkai įpareigotas šią nuomonę gerbti. Šioje srityje suverenui gali daryti įtaką gausybė įvairių veiksnių, tad jeigu liaudies sukilimo ar moralinio pasmerkimo baimė verčia jį neleisti tokių įstatymų, kuriuos kitokiomis aplinkybėmis jis vis dėlto išleistų, jis šiuos veiksnius išties gali laikyti ir vadinti savo valdžios „apribojimais". Bet tai ne teisiniai apribojimai. Suverenas neturi teisinės pareigos susilaikyti ir neleisti tokių įstatymų, o teisės teismai*, spręsdami, ar prieš juos esantis įstatymas yra suverено nustatytoji teisė, ignoruos argumentą, jog šio įstatymo negalima laikyti teise dėl to, kad jis prieštarauja viešajai nuomonei arba neatitinka moralės reikalavimų, nebent suverenas būtų jiems įsakęs į šį argumentą atsižvelgti.

Ši teorija, suformuluojanti bendrąją teisės sampratą, yra išties labai patraukli. Susidaro įspūdis, kad ši teorija pateikia paprastą ir įtikinamą atsakymą į du svarbiausius klausimus. Žinodami, kad yra suverenas, kuriam paklūstama iš įpročio, bet kuris pats niekam iš įpročio nepaklūsta, toliau galime padaryti du dalykus. Pirma, jo bendro pobūdžio įsakymuose mes galime išskirti šios visuomenės teisę ir atskirti ją nuo daugybės kitų normų, principų ir modelių, mora-

* Bendrosios teisės tradicijoje skiriamos dvi pagrindinės teismų rūšys – teisės teismai *(law courts* arba *courts of law)*, kurie sprendžia bylas, remdamiesi išleistais įstatymais bei ankstesniais tokių teismų sprendimais (precedentais), ir teisingumo teismai *(courts of justice* arba *courts of equity)*, kurie nagrinėja ir sprendžia bylas, vadovaudamiesi „teisingumo samprata", t.y. sprendžia tokias bylas, kuriose negalima, vadovaujantis vien tik galiojančia teise (įstatymais arba precedentais, rečiau papročiais ir tradicijomis), „nedviprasmiškai, adekvačiai ir visiškai" atstatyti pažeistus interesus arba atlyginti patirtus nuostolius (žalą). XIX a. pabaigoje – XX a Anglijos teismų sistema buvo iš esmės transformuota, teisės ir teisingumo teismai laipsniškai susiliejo. Vis dėlto teisinėje terminijoje išliko *teisės teismo* terminas, šiandien dažnai žymintis teismą apskritai.

lės ar tiesiog paprotinių, kuriais taip pat yra valdomas šios visuomenės narių gyvenimas. Antra, pačioje teisės srityje galime nustatyti, ar mes susiduriame su nepriklausoma teisine sistema, ar su tam tikros didesnės sistemos subordinuota dalimi.

Paprastai teigiama, jog Karalienė Parlamente, traktuojama kaip vieninga tęstinė įstatymų leidybos institucija, atitinka šios teorijos reikalavimus, o Parlamento suverenumą lemia kaip tik šis minėtų reikalavimų atitikimo faktas. Nesvarbu, kiek šis įsitikinimas (kai kuriuos jo aspektus mes vėliau aptarsime VI skyriuje) atitinka tikrovę, tai, ko ši teorija reikalauja, nesunkiai ir gana nuosekliai galima atkurti mūsų įsivaizduojamame paprastame Rex I pasaulyje. Tai naudinga padaryti dar prieš pradedant nagrinėti kur kas sudėtingesnį šiuolaikinės valstybės atvejį, nes tokiu būdu geriausiai galima pademonstruoti visas iš šios teorijos išplaukiančias išvadas. Norėdami prisitaikyti prie šio skyriaus pirmame skirsnyje pateiktos įpročių paklusti idėjos kritikos, situaciją galime pavaizduoti vartodami jau ne įpročių, bet normų sąvoką. Remdamiesi šiuo pagrindu, galime įsivaizduoti visuomenę, kurioje galioja teismų, pareigūnų ir piliečių visuotinai akceptuota norma, nustatanti, kad, kai Rex paliepia ką nors padaryti, jo žodis šiai grupei yra elgesio modelis. Kad tuos įsakymus, kurie išreiškia „privačius" norus ir kuriems Rex nepageidauja suteikti „oficialųjį" statusą, būtų galima atskirti nuo tų posakių, kuriems jis pageidauja tokį statusą suteikti, visuomenėje gali būti nustatomos dar ir papildomos normos, apibrėžiančios ypatingą stilių, kurį monarchas turi vartoti tuomet, kai jis leidžia įstatymus „kaip monarchas", bet ne tuomet, kai jis duoda privataus pobūdžio įsakymus savo žmonai arba damai. Kad šios įstatymų leidybos būdą ir formą nustatančios normos atliktų savo paskirtį, jas reikia vertinti rimtai; Rex jos kartais gali sudaryti nepatogumų. Nors šias normas galima lai-

kyti teisės normomis, vis dėlto jų negalima laikyti monarcho legislatyvinės valdžios „apribojimais“, nes nėra tokio dalyko, dėl kurio jis, norėdamas įgyvendinti savo norus, negalėtų išleisti įsakymo, jeigu tik laikysis reikalaujamos formos. Teisė nustato jo legislatyvinės valdžios „formos“ ribas, bet neriboja jo legislatyvinės valdžios „srities“.

Šiai teorijai, kaip bendrajai teisės teorijai, pateikiamas toks prieštaravimas: tokio suvereno, kaip mūsų įsivaizduojamosios visuomenės Rex, kuriam nėra jokių teisinių apribojimų, buvimas nėra būtina teisės buvimo sąlyga arba prielaida. Kad padarytume tokią išvadą, mums nereikia ieškoti kvestionuojamų arba ginčytinų teisės rūšių. Tad šis argumentas nėra perkeltas iš paprotinės teisės arba tarptautinės teisės sistemų, kurių kai kas apskritai nenorėtų vadinti teise vien dėl to, kad šiais atvejais nėra įstatymų leidybos institucijos. Remtis šiais pavyzdžiais visai nėra reikalo, nes teisiškai neapriboto suvereno samprata neteisingai traktuoja teisės pobūdį daugelyje šiuolaikinių valstybių, kuriose niekas neabejoja esant teisę. Šiose valstybėse yra įstatymų leidybos institucijos, bet kartais tokioje sistemoje aukščiausioji legislatyvinė valdžia toli gražu nėra neribota. Rašytinė konstitucija gali apriboti įstatymų leidybos institucijos kompetenciją ne tik apibrėždama įstatymų leidybos formą ir būdą (mes galėtume sutikti, kad tai nėra apribojimai), bet taip pat palikdama tam tikrus dalykus už šios institucijos kompetencijos įstatymų leidybos srityje ribų ir tokiu būdu nustatydama turinio apribojimus.

Kita vertus, prieš pradedant nagrinėti sudėtingą šiuolaikinės valstybės atvejį, naudinga išsiaiškinti, ką paprastame pasaulyje, kuriame Rex yra aukščiausiasis įstatymų leidėjas, reiškia sąvoka „ jo legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai“ ir kodėl ši sąvoka yra visiškai nenuosekli.

Paprastoje Rex valdomoje visuomenėje gali būti akceptuota norma (nesvarbu, įtraukta į rašytinę konstituciją ar

ne), nustatanti, jog neturi galioti joks Rex išleistas įstatymas, nustatantis, kad vietiniai gyventojai gali be teismo proceso būti išvaryti iš jų gyvenamosios teritorijos arba nuteisti kalėti, taip pat kad bet koks teisės aktas, kuris prieštarauja šioms nuostatoms, yra niekinis ir kad tokiu jį privalo laikyti visi . Tokiu atveju Rex galia leisti įstatymus susidurs su apribojimais, kurie, be jokios abejonės, bus teisiniai, net jeigu mes ir nesame linkę šitokią fundamentalią konstitucijos normą apskritai laikyti *„teise"*. Kitaip negu viešosios nuomonės ar visuomenės moralinių įsitikinimų, kuriems Rex dažnai gali nusileisti netgi pats to nenorėdamas, nepaisymas, šių ypatingų apribojimų ignoravimas jo išleistus įstatymus paverčia niekiniais. Todėl teismai šiuos apribojimus turėtų vertinti kitaip, negu jie vertintų anas kitas – moralės nustatytas ar *de facto* susidariusias – įstatymų leidėjo valdžios įgyvendinimo ribas. Ir vis dėlto, nepaisant šių teisinių apribojimų, Rex aktai, išleisti tose jiems nustatytose ribose, yra įstatymai, o jo valdomoje visuomenėje yra nepriklausoma teisinė sistema.

Norėdami iki galo išsiaiškinti, kas yra šios rūšies teisinės ribos, mes būtinai turime ilgėliau sustoti prie šio įsivaizduojamo paprasto atvejo. Rex padėtį dažnai galima apibūdinti pasakant, kad jis *„negali"* leisti įstatymų, leidžiančių žmones įkalinti be teismo proceso; šios žodžio „negali" prasmės palyginimas su ta, kai „negali" reiškia, kad asmuo turi tam tikrą teisinę pareigą arba prievolę ko nors nedaryti, daug ką paaiškina. Šią antrąją prasmę žodžiui „negali" mes suteikiame tuomet, kai sakome: „Tu negali važinėti dviračiu šaligatviu". Bet konstitucija, veiksmingai apribojanti aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos legislatyvines galias tam tikroje sistemoje, tai daro ne nustatydama (ji jokiu būdu ir neturi nustatyti) įstatymų leidybos institucijai pareigas nebandyti leisti tam tikrų įstatymų; priešingai, ji nustato, kad kiekvienas toks įstatymas, jeigu bus bandoma

jį išleisti, bus niekinis. Konstitucija nustato ne teisines pareigas, bet teisinį neteisnumą. Čia „ribos" reiškia ne *pareigos* buvimą, bet teisinės galios nebuvimą.

Tokius Rex legislatyvinės valdžios apribojimus pagrįstai galima laikyti konstituciniais, tačiau šie apribojimai nėra tik teismams nerūpinčios konvencijos arba moralės dalykai. Tai yra normos, suteikiančios valdžią leisti įstatymus, sudedamosios dalys, o jų ryšys su teismais yra esminis, nes teismams ši norma yra išleistų įstatymų ar kitų aktų galiojimo kriterijus. Ir vis dėlto, nors šie apribojimai yra teisiniai, o ne tik moraliniai arba konvencionalūs, jų buvimo arba nebuvimo negalima apibūdinti vien tik nurodant, kad Rex yra arba nėra įpratęs paklusti kitiems asmenims. Rex visiškai gali susidurti su šitokiais apribojimais ir niekuomet nesiekti jų išvengti; ir vis dėlto gali ir nebūti tokio asmens, kuriam jis iš įpročio paklūsta. Tokiu atveju Rex tik patenkina sąlygas, kad jo kuriama teisė galiotų. Arba jis gali duoti šių apribojimų neatitinkančius įsakymus ir taip pamėginti jų išvengti; bet tai, kad jis šitaip elgiasi, nereiškia, jog jis nepakluso kokiam nors asmeniui; tokiu būdu jis nei pažeidė kokį nors aukštesniojo įstatymų leidėjo įstatymą, nei sulaužė teisinę pareigą. Bet nėra jokios abejonės, kad jis nesukūrė (nors ir nepažeidė) galiojančios teisės. Ir atvirkščiai, jeigu konstitucinė norma, suteikianti Rex teisę leisti įstatymus, nenumato Rex galios leisti įstatymus teisinių apribojimų, tas faktas, jog jis iš įpročio paklūsta gretimos teritorijos karaliui Tironui, nei panaikina Rex išleistų aktų kaip teisės statusą, nei įrodo, kad šie aktai yra vieningos sistemos, kurioje Tironui priklauso aukščiausioji valdžia, subordinuotos sudedamosios dalys.

Išdėstytieji akivaizdūs samprotavimai nušviečia keletą aspektų, kurių paprasta suvereniteto doktrina beveik visiškai nepaaiškina, bet kurie yra ypač svarbūs, norint suvokti teisinės sistemos pagrindus. Juos galima apibendrinti šitaip.

Pirma, legislatyvinės valdžos teisinius apribojimus suponuoja ne įstatymų leidėjui nustatytos pareigos paklusti tam tikram aukštesniajam įstatymų leidėjui, bet neteisnumas, įkomponuotas į normas, suteikiančias jam teisę leisti įstatymus.

Antra, iškilus reikalui nustatyti, ar tam tikras išleistas aktas yra teisė, visiškai nereikia bandyti išsiaiškinti, ar tai, kas šiuo aktu buvo nustatyta – nesvarbu, ar aiškiai formuluojant, ar tyliai sutinkant, – buvo nustatyta „suvereno" arba „neapriboto" įstatymų leidėjo ta prasme, kad jo galia leisti įstatymus buvo neribojama teisiškai, arba ta prasme, kad jis buvo niekam iš įpročio nepaklūstantis asmuo. Vietoj to reikia parodyti, kad šį aktą išleido įstatymų leidėjas, kuris pagal galiojančią normą turėjo teisę leisti įstatymus, ir kad arba ši norma nenumato jokių apribojimų, arba nė vienas iš nustatytų apribojimų netaikomas šiam konkrečiam aktui.

Trečia, norint įrodyti, jog mes turime reikalą su nepriklausoma teisine sistema, visiškai nebūtina parodyti, kad šioje sistemoje nėra jokių teisinių aukščiausiojo įstatymų leidėjo apribojimų arba kad jis nepaklūsta iš įpročio jokiam asmeniui. Pakanka tik parodyti, kad normos, apibrėžiančios įstatymų leidėją, nesuteikia vršenybės tiems, kurie turi valdžią ir kitoje teritorijoje. Ir priešingai, tas faktas, jog įstatymų leidėjas nėra pavaldus tokiai užsienio valdžiai, nereiškia, kad jo paties valdomoje teritorijoje jis turi neribotą valdžią.

Ketvirta, reikia skirti teisiškai neapribotą legislatyvinę valdžią ir tokią, kuri, nors ir yra apribota, toje sistemoje yra aukščiausioji valdžia. Nors paties Rex legislatyvinę valdžią ir riboja konstitucija, tačiau Rex visiškai gali būti aukščiausioji krašto teisei žinoma legislatyvinė valdžia ta prasme, kad jis gali panaikinti bet kurį kitą įstatymą.

Pagaliau, penkta, įstatymų leidėjo kompetenciją ribojančių normų buvimas arba nebuvimas yra lemiamas dalykas,

tuo tarpu įstatymų leidėjo įpročiai paklusti turi tik tam tikrą netiesioginę reikšmę kaip dar vienas teisės požymis. Tas faktas (jeigu tai iš tikrųjų yra faktas), kad įstatymų leidėjui nebūdingas įprotis paklusti kitiems asmenims, mums gali praversti tik tuo vieninteliu požiūriu, jog kartais tai gali būti dar vienas, nors toli gražu ne galutinis, įrodymas, kad įstatymų leidėjo galia leisti įstatymus nėra kokios nors konstitucinės ar teisės normos subordinuota analogiškai kitų asmenų galiai. Lygiai taip pat ir tas faktas, kad įstatymų leidėjas kokiam nors asmeniui iš tikrųjų paklūsta iš įpročio, mums gali turėti reikšmės tik tuo vieninteliu požiūriu, jog tai iš dalies įrodo, kad įstatymų leidėjo galia leisti įstatymus pagal tam tikras galiojančias normas yra subordinuota analogiškai kitų asmenų galiai.

4. Suverenas įstatymų leidybos institucijos priedangoje

Šiuolaikiniame pasaulyje yra daugybė teisinių sistemų, kuriose institucija, paprastai laikoma aukščiausiąja sistemos įstatymų leidybos institucija, paklūsta tam tikriems teisiniams apribojimams, susijusiems su jos legislatyvinių galių įgyvendinimu; vis dėlto ir teisininkas, ir teisės teoretikas sutiks, kad tokios įstatymų leidybos institucijos aktai, išleisti neperžengiant jos galių ribų, tikrai yra teisė. Tokiais atvejais, jeigu mes vis dar laikomės teorijos, kad jeigu yra teisė, tai turi būti ir suverenas, kurio teisė negali apriboti, mes turime ieškoti tokio suvereno už teisiškai apribotos įstatymų leidybos institucijos. Ar jis ten yra – tai kaip tik tas klausimas, kurį mes dabar aptarsime.

Mes galime trumpam ignoruoti kiekvienos teisinės sistemos vienokiu ar kitokiu būdu – tačiau nebūtinai rašytinėje konstitucijoje – būtinai formuluojamas nuostatas, apibrėžiančias įstatymų leidėjus bei įstatymų leidybos „būdą ir

formą“. Šias nuostatas galima traktuoti veikiau kaip įstatymų leidybos institucijos ir to, ką ji turi daryti, kad jos veikla būtų įstatymų leidyba, detalizavimą, o ne kaip jos legislatyvinės valdžios srities teisinius apribojimus; nors, tiesą sakant, sunku pateikti bendrą kriterijų, kuris pakankamai vienareikšmiškai atskirtų „materialinio“ pobūdžio apribojimus nuo nuostatų, tik nusakančių įstatymų leidybos „būdą ir formą“, arba nuo įstatymų leidybos institucijos apibrėžimų; tai įrodo ir Pietų Afrikos pavyzdys[19].

Vis dėlto paprastų materialinių apribojimų pavyzdžių galima aptikti federalinėse konstitucijose, kaip antai Jungtinių Australijos Valstijų* Konstitucijoje, nustatančioje, kad paprasta įstatymų leidybos procedūra negalima pakeisti centrinės vyriausybės ir atskirų valstijų valdžių atskyrimo, taip pat tam tikrų asmeninių teisių. Tokiais atvejais valstijos arba federalinės įstatymų leidybos institucijos išleistas teisės

[19] Žr. *Harris* v. *Dönges* [1952] 1 TLR 1245.

* Čia tikriausiai autoriaus klaida; nuo 1901 m. Australijos, iki tol buvusios Anglijos kolonija, oficialus pavadinimas yra *Australijos Sandrauga (Commonwealth of Australia). Sandraugos* pavadinimas būdingas ir kai kurioms kitoms buvusioms Anglijos kolonijoms (pavyzdžiui, Bahamų Sandrauga, Dominikos Sandrauga), taip pat Jungtinės Karalystės ir jos buvusių kolonijų tarptautinei sąjungai (organizacijai) – vadinamajai Nacijų Sandraugai, arba Britų Sandraugai *(British Commmonwealth).* dabar vadinamai tiesiog Sandrauga *(Commonwealth).* 1901 m. Australijos Konstitucija numatė konfederacinę valstybės sutvarkymo formą; konfederaciją sudarė šešios valstijos (Naujasis Pietų Velsas, Viktorija, Kvinslendas, Vakarų Australija, Pietų Australija ir Tasmanija). Šiandien Australija – tai faktiškai federacija, kurią sudaro šešios minėtos valstijos bei dvi federalinės teritorijos – Šiaurės teritorija (Australijos Sandraugos dalimi tapo 1911 m.) ir Australijos sostinės teritorija (Kanbera). Ne tik Australijos, bet ir kai kurių kitų federacinių valstybių (pavyzdžiui, Indijos, Brazilijos, Kanados ir kt.) sudedamosios dalys yra vadinamos valstijomis, tačiau šiuo metu tik dviejų pasaulio valstybių oficialiuose pavadinimuose vartojami žodžiai *Jungtinės Valstijos,* o vienos valstybės pavadinime – *Federacinės Valstijos;* tai – Jungtinės Amerikos Valstijos, Jungtinės Meksikos Valstijos ir Mikronezijos Federacinės Valstijos. Kita vertus, Hartas čia galėjo vartoti *valstijos* terminą dėl to, kad anglų kalbos žodis *state* turi specifinę reikšmę (žr. išnašą p. 349).

aktas, kuriuo siekiama pakeisti valdžių atskyrimą federacijoje arba kuris yra nesuderinamas su šiuo atskyrimu ar su tokiu būdu ginamomis asmeninėmis teisėmis, turi būti traktuojamas kaip *ultra vires**, o teismai turi jį paskelbti negaliojančiu tokiu mastu, kiek jis pažeidžia konstitucijos nuostatas. Žymiausias iš tokių teisinių legislatyvinės valdžios apribojimų yra Jungtinių Valstijų Konstitucijos Penktoji pataisa. Ji, greta kitų dalykų, nustato, kad jokiam asmeniui negali būti atimta „gyvybė, laisvė arba turtas be deramo teisinio proceso"**; teismai, nustatę, kad Kongreso išleistieji įstatymai pažeidžia šiuos arba kitus Konstitucijos nustatytus legislatyvinės valdžios apribojimus, tokius įstatymus pripažįsta negaliojančiais.

Žinoma, yra daug įvairiausių mechanizmų, kuriais konstitucijos nuostatos apsaugomos nuo įstatymų leidybos institucijos operacijų. Kai kada, kaip yra Šveicarijoje, kai kurios nuostatos, reguliuojančios federaciją sudarančių narių*** teises arba asmenines teises, traktuojamos kaip „tik

* *Ultra vires* aktai – tai aktai (norminiai aktai, teisės taikymo aktai arba veikos), atlikti viršijant teisinius įgaliojimus. Šis terminas dažniausiai vartojamas žymėti korporacijos (įmonės) veiksmams, kuriais peržengiamos korporacijos įstatų arba specialaus įstatymo nustatytos jos kompetencijos ribos; tačiau savo bendriausia prasme šis terminas gana plačiai vartojamas ne tik ūkinėje arba komercinėje teisėje, bet ir baudžiamojoje bei administracinėje teisėje. Bendrosios teisės šalyse, paaiškėjus, kad koks nors teisės subjektas atliko *ultra vires* aktą, kompetentingas valstybės organas arba pareigūnas išleidžia specialų įsakymą *(writ)*, vadinamą *quo warranto*. *Quo warranto* – tai suvereno (kuriam šis valstybės organas arba pareigūnas atstovauja) reikalavimas, kad šis teisės subjektas paaiškintų, kokia teise remdamasis jis atliko šį aktą; *quo warranto* neturi tiesioginio tikslo reikalauti sankcijos pažeidėjui, todėl tai nebūtinai yra ieškinys *(action)*, kurį teismui suvereno vardu pateikia kompetentingas valstybės organas arba pareigūnas (nors kai kada *quo warranto* gali būti pateikiamas drauge su atitinkamu ieškiniu arba ir pats atlikti ieškinio funkciją). Pagrindinis ir tiesioginis *quo warranto* tikslas – padėti nustatyti, ar įvykdytasis aktas iš tikrųjų yra *ultra vires*.

** Žr. išnašas p. 63.

*** Šveicarijos oficialus pavadinimas yra Šveicarijos Konfederacija; tačiau faktiškai ši valstybė šiuo metu yra jau ne konfederacija (arba nebe

politinės" arba rekomendacinės, nors pagal savo formą jos yra privalomos. Tokiais atvejais teismams nesuteikiama jurisdikcija „peržiūrėti" federalinės įstatymų leidybos institucijos išleistą aktą ir paskelbti jį negaliojančiu, nors šis aktas gali akivaizdžiai neatitikti konstitucijos nuostatų, apibrėžiančių leistiną įstatymų leidybos institucijos operacijų sritį[20]. Taip pat buvo nustatyta, kad ir Jungtinių Valstijų Konstitucijos kai kurios nuostatos formuluoja „politinius klausimus", todėl tais atvejais, kai tam tikra byla yra priskiriama šiai kategorijai, teismai nė nebando nustatyti, ar įstatymas prieštarauja konstitucijai*.

„grynojo tipo" konfederacija), bet veikiau federacija, kurioje įstatymų leidžiamoji (arba legislatyvinė) ir vykdomoji valdžia yra sukoncentruota centrinės vyriausybės rankose, o valstybės sudedamosioms dalims – kantonams – palikti platūs jurisdikcinės (arba teisminės) valdžios įgaliojimai.

[20] Žr. Šveicarijos Konstitucijos 113 str.

* Politinių klausimų doktrina – vienas iš originalių amerikietiškosios konstitucinės doktrinos elementų. Amerikietiškosios konstitucinės doktrinos šerdis – trys doktrinos: federalizmo *(federalism)*, valdžių padalijimo *(separation of powers)* ir teisminės kontrolės *(judicial review)*; jas papildo kitos, iš jų logiškai išvedamos, bet ne pačios Konstitucijos tekste suformuluotos, o teismų generuojamos doktrinos, iš kurių ypač paminėtinos vadinamosios apribojimų doktrinos *(limiting doctrines)*: procesinio teisnumo *(standing)*, laiko pasirinkimo *(timing)* ir politinio klausimo *(political question)*. Politinių klausimų doktrinos pagrindus suformulavo JAV Aukščiausiojo Teismo pirmininkas Johnas Marshallas 1803 m. (žr. *Marbury* v. *Madison*, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60 [1803]). Pagal šią doktriną (o teismų formuluojama konstitucinė doktrina bendrosios teisės šalyse yra teisės šaltinis), klausimą, dėl kurio buvo kreiptasi į teismą, šis gali pripažinti politiniu klausimu, jeigu mano, jog šio klausimo (nors jis, tarkime, ieškinyje buvo suformuluotas iš pažiūros laikantis teisiniams aktams keliamų reikalavimų) negalima teisingai išspręsti dėl to, kad jo esmė yra konfliktas, kilęs dėl ginčo šalių skirtingų politinių nuostatų. Galima skirti dvi politinių klausimų kategorijas: (1) klausimai, kurių teismas neketina spręsti dėl jų grynai politinio pobūdžio; (2) klausimai, kurių teismas neturėtų (ir todėl atsisako) spręsti dėl to, kad taip būtų pasikėsinta į kitos – legislatyvinės arba vykdomosios – valdžios kompetenciją; beje, pirmoji politinių klausimų kategorija yra savotiškai subordinuota antrajai, kaip „labiau teisinei". Šiuo, antruoju, požiūriu politinių klausimų doktrina yra JAV dominuojančios valdžių padalijimo doktrinos tąsa (žr. *Baker* v. *Carr*, 369 U.S. 186, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663 [1962]). Pasak JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjo Williamo Brennano, politinių klausimų doktrina reikalau-

Kai įprastų aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos operacijų teisinius apribojimus nustato konstitucija, patys šie apribojimai nėra apsaugoti nuo tam tikrų teisinės kaitos formų. Tai priklauso nuo pačios konstitucijos keitimą reguliuojančios konstitucijos nuostatos pobūdžio. Dauguma konstitucijų numato plačias konstitucijos keitimo galias, kurias gali realizuoti arba kita, o ne nuolatinė įstatymų leidybos, institucija, arba nuolatinės įstatymų leidybos institucijos nariai, laikydamiesi specialios procedūros. Jungtinių Valstijų Konstitucijos V straipsnio nuostata, kad pataisas turi ratifikuoti trys ketvirtadaliai valstijų arba konventai*, sušaukti

ja, kad federaliniai teismai patikrintų, ar Konstitucija tam tikro klausimo, dėl kurio buvo kreiptasi į teismą, nėra priskyrusi kitai – ne jurisdikcinei – valdžiai, o nustatę, jog taip yra, jo nenagrinėtų. Toks yra oficialus paaiškinimas. Tačiau teismo motyvai, dėl kurių jis nenagrinėja politinių klausimų, iš tikrųjų gali būti įvairūs. Pavyzdžiui, teismas gali tiesiog nenorėti kompromituoti savęs ir apskritai teisminės valdžios, o tokia grėsmė būtų visiškai reali, jeigu teismas negalėtų prievarta įgyvendinti savo sprendimo politinėje byloje. Septintajam JAV prezidentui Andrew Jacksonui priskiriamas gana ciniškas posakis: „Johnas Marshallas priėmė sprendimą. Tegu dabar pats jį ir įgyvendina."

* Terminas *konventas (convention)* čia vartojamas dėl dviejų priežasčių. Pirma, taip siekiama išlaikyti originalaus teksto (ir čia cituojamos JAV Konstitucijos, ir Harto knygos) terminijos autentiškumą; antra, taip pabrėžiama šios ypatingos įstatymų leidybos institucijos specifika: JAV valstijų aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos paprastai vadinamos arba kongresu *(congress)*, arba tiesiog legislatūra *(legislature)*, t.y. įstatymų leidybos institucija. „Specialiosios paskirties" atstovaujamosios institucijos, kurios pagal savo funkcijas irgi yra ne kas kita, kaip įstatymų leidybos institucijos, paprastai vadinamos konventais. Konventai šaukiami ypatingais atvejais, pavyzdžiui, tik vienam ypač svarbiam įstatymui priimti. Toks buvo, pavyzdžiui, 1787 m. Filadelfijoje sušauktas Federalinis konventas *(Federal Convention)*, priėmęs JAV Konstituciją; pažymėtina, kad ši speciali institucija, kurios paskirtis buvo priimti federalinę Konstituciją, buvo sukurta, nors tuo metu funkcionavo ir kita aukščiausioji įstatymų leidybos institucija – Kongresas, išaugęs iš dar 1774 m. Filadelfijoje sušaukto Kontinentinio kongreso *(Continental Congress)*; taigi, nors Kongreso legitimumo užteko priimti JAV, kaip jau faktiškai egzistavusios federacinės valstybės, pagrindu tapusiems „Konfederacijos straipsniams" *(Articles of Confederation)*, bet federalinę Konstituciją priimti (ir tokiu būdu jai didesnį legitimumą garantuoti) turėjo speciali institucija. Analo-

trijuose ketvirtadaliuose valstijų*, – tai pirmosios rūšies konstitucijos keitimo galios pavyzdys; tuo tarpu 1909 m. Pietų

giškų pavyzdžių galima aptikti ir kitų valstybių istorijoje; pavyzdžiui, 1792 m. Prancūziją respublika paskelbė Nacionalinis konventas, kuris turėjo parengti ir šios valstybės konstituciją; valstybės santvarkos konstitucinius pagrindus turėjo nustatyti ir 1918 m. sušauktas Rusijos Steigiamasis susirinkimas, vėliau išvaikytas bolševikų partijos. Šia prasme konventas – tai specialios „konstitucinės paskirties" institucija, kurios tiesioginės funkcijos gali būti įvairios (nebūtinai tik konstitucijos priėmimas), o veiklos trukmė nėra griežtai apibrėžta; aišku, ši institucija nebūtinai turi būti oficialiai vadinama šiuo žodžiu, todėl konventu galima laikyti ir 1918 m. Lietuvos Tarybą, ir vėliau sušauktą Steigiamąjį Seimą. Tačiau konvento terminas gali būti vartojamas ir platesne prasme, jis gali žymėti pačius įvairiausius valstybės ar net visuomenės atstovaujamuosius organus; šia prasme konvento sąvoka gali būti taikoma faktiškai bet kokiam susirinkimui – ir nuolatinėms aukščiausiosioms valstybės įstatymų leidybos institucijoms, ir žemesniojo lygmens legislatūroms, ir net įvairiems politinių jėgų sambūriams, kaip antai politinių partijų konferencijoms arba suvažiavimams (visos valstybės mastu).

* Hartas čia nevisiškai tiksliai perteikia minėtosios Konstitucijos nuostatos turinį; JAV Konstitucijos V straipsnis skelbia, kad Konstitucijos pataisą ratifikuoti turi *arba* trijų ketvirtadalių valstijų įstatymų leidybos institucijos *(legislatures), arba* konventai *(conventions),* sušaukti trijuose ketvirtadaliuose valstijų (pačių amerikiečių parengtame JAV Konstitucijos vertime į lietuvių kalbą vartojami terminai *valstijų įstatymų leidžiamosios institucijos* ir *valstijų suvažiavimai*); be to, Kongresas turi teisę pasiūlyti vienokį ar kitokį ratifikavimo būdą. Taigi termino *įstatymų leidybos institucijos* doktrininis aiškinimas čia įgyja ypač svarbią reikšmę. JAV oficialiosios konstitucinės doktrinos požiūriu, *įstatymų leidybos institucijomis* Konstitucijos kūrėjai laikė valstijų atstovaujamuosius organus, tokius kaip tie, kurie 1789 m. valstijose įgyvendino legislatyvinę valdžią (žr. Johnny H. Killian (ed.) & Leland E. Beck (assoc. ed.). *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation. Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States to July 2, 1982* (with subsequent supplements). – Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1987, p. 909). Teigdamas, jog federalinės Konstitucijos pataisą turi ratifikuoti *valstijos* (o tai ne tas pat, kas *valstijos įstatymų leidybos institucijos)* arba šiose valstijose sušaukti konventai, Hartas neatsižvelgia į tai, kad daugelyje valstijų pastaraisiais dešimtmečiais (dar prieš pasirodant Harto knygai) ėmė plisti dar viena įstatymų leidybos forma – referendumas, kuris, kaip teigia JAV oficialioji konstitucinė doktrina, vis dėlto negali ratifikuoti federalinės Konstitucijos pataisų. Faktiškai tai net „trigubas" apribojimas, kurį konstitucinė doktrina suformuluoja, aiškindama vieną vieninteli terminą – *įstatymų leidybos institucijos,* arba *legislatūros:* (1) federalinė valdžia neturi teisės reikalauti, kad valstijoje būtų surengtas referendumas dėl pasiūlytosios federalinės Konstitucijos patai-

Afrikos akto* 152 skirsnio nuostata dėl konstitucijos keitimo yra antrosios rūšies tokios galios pavyzdys. Tačiau ne

sos; (2) valstijos įstatymų leidybos institucija savo sprendimo dėl pasiūlytosios federalinės Konstitucijos pataisos (nesvarbu, ar jis būtų teigiamas, ar neigiamas) negali „dangstyti" referendumo metu pareikšta valstijos piliečių valia; (3) valstijos piliečiai negali kėsintis į įstatymų leidybos institucijos kompetenciją ir reikalauti, kad dėl Kongreso pasiūlytos federalinės Konstitucijos pataisos valstijoje būtų surengtas referendumas. JAV Aukščiausiasis Teismas taip išaiškino minėtuosius apribojimus: „Valstijos įstatymų leidybos institucijos funkcija yra ratifikuoti pasiūlytąją federalinės Konstitucijos pataisą, o Kongreso funkcija pasiūlyti šią pataisą yra federalinė funkcija, kylanti iš federalinės Konstitucijos; ir ši funkcija peržengia visus apribojimus, kurių siekia arba kuriuos yra nustatę valstijos žmonės" (žr. *Lesser* v. *Garnett*, 258 U.S. 130, 137 [1922]; taip pat žr. *Hawke* v. *Smith*, 253 U.S. 221, 231 [1920]). Kita vertus, ratifikavimo būdo parinkimas yra ne valstijų įstatymų leidybos institucijų, bet Kongreso, t.y. federalinės valdžios, kompetencija; JAV Aukščiausiasis Teismas išaiškino, kad Konstitucijos V straipsnio turinys šiuo požiūriu yra visiškai vienareikšmis ir nenumato jokių šios Kongreso prerogatyvos išimčių (žr. *United States* v. *Speague*, 282 U.S. 716 [1931]). Be to, Kongresas turi teisę pakeisti ir terminą, per kurį nustatytas skaičius valstijų aukščiausiųjų įstatymų leidybos institucijų ar specialiai tuo tikslu sušauktų valstijų konventų turi ratifikuoti atitinkamą federalinės Konstitucijos pataisą; kartais Kongresas tai ir daro (žr. Aštuonioliktąją ir Dvidešimtąją federalinės Konstitucijos pataisas); kai toks terminas nėra nustatytas, atskiros federalinės Konstitucijos pataisos ratifikavimo procesas gali trukti nepaprastai ilgai (pavyzdžiui, paskutinioji, Dvidešimt septintoji Konstitucijos pataisa viršija visus rekordus – ji buvo pasiūlyta 1789 m., bet reikalingo valstijų skaičiaus ratifikuota tik 1992 m.

* 1909 m. Didžiosios Britanijos Parlamento išleistas vadinamasis Pietų Afrikos aktas suteikė šiai valstybei (tuo metu pavadintai Pietų Afrikos Sąjunga) nepriklausomybę ir drauge išskyrė ją iš Didžiosios Britanijos teisinės sistemos. Analogiški aktai buvo priimti dėl daugelio buvusių Anglijos kolonijų: Naujosios Zelandijos (1852 m.), Australijos Sąjungos (1900 m.), Kanados (1867 m.), Ceilono (1947 m.) ir kt. Visi šie aktai, kuriais tam tikros teritorijos „pašalinamos" iš valstybės teisinės sistemos (tarsi „iškeliamos" už *suvereno sau nusistatytų* teisinio reguliavimo ribų), ne tik liudija angliškosios politinės kultūros teisinės „dimensijos" svarbą (suvereno požiūriu, nepakanka tik politine deklaracija ar tarpvalstybine sutartimi pripažinti tam tikros valstybės nepriklausomybę, būtinas ir *vidaus teisės* aktas, tarsi sudarantis prielaidas tokiam pripažinimui ir jį legitimizuojantis), bet kartu atspindi ir tam tikrą suvereno valios ir galios hipertrofavimą, būdingą Anglijos konstitucinei doktrinai: jeigu Didžiosios Britanijos Parlamentas mano, kad reikia reguliuoti visuomeninius santykius tarp subjektų tam tikroje teritorijoje (galbūt netgi esančioje visiškai

visose konstitucijose nurodomos konstitucijos keitimo galios; o ir tuomet, kai tokios galios yra numatytos, kai kada tam tikros konstitucijos nuostatos, apribojančios įstatymų leidybos instituciją, yra už šių galių realizavimo srities ribų; tokiais atvejais ir pati konstitucijos keitimo galia yra ribota. Tokį konstitucijos keitimo galios apribojimą galima aptikti net ir Jungtinių Valstijų Konstitucijoje (nors kai kurie apribojimai jau nebeturi praktinės reikšmės). Jos V straipsnis nustato, kad „jokia pataisa, kuri gali būti priimta iki 1808 m., neturi jokiu būdu pažeisti Pirmojo straipsnio devintojo skirsnio pirmosios ir ketvirtosios dalies" ir kad „nė iš vienos valstijos be jos sutikimo negali būti atimtas jos lygus atstovavimas Senate".

Galima įrodinėti, kad ten, kur yra nustatyti įstatymų leidybos institucijos apribojimai, kuriuos, kaip Pietų Afrikoje, gali panaikinti patys šios institucijos nariai, laikydamiesi specialios procedūros, yra pagrindas šią instituciją tapatinti su suverenu, kuriam negali būti nustatyta jokių teisinių apribojimų, kaip ir teigia mūsų apariamoji teorija. Šiai teorijai sunkūs yra tik tie atvejai, kai įstatymų leidybos institucijos

kitoje Žemės rutulio pusėje ir faktiškai besitvarkančioje kaip nepriklausoma valstybė), tai jis ir turi teisę tai daryti, nebent jis pats šios teisės atsisakytų. Pietų Afrikos aktas ir kiti analogiški įstatymai faktiškai ir yra tokį atsisakymą liudijantys dokumentai (nors juose neretai daromos išlygos, tarsi „rezervuojančios" Didžiosios Britanijos Parlamentui teisę kurti teisę kitoms valstybėms, jeigu jos pačios „kreiptųsi" į Didžiosios Britanijos Parlamentą prašydamos, kad šis išleistų joms įstatymus). Anglų konstitucinės doktrinos klasikas Jenningsas tokias Didžiosios Britanijos Parlamento pretenzijas į globalinį visuomeninių santykių reguliavimą paaiškina paprastai: Didžiosios Britanijos Parlamentas turi teisę leisti įstatymus visoms vietoms ir visiems asmenims. Jenningsas netgi pateikia tokį pavyzdį (kurį pats pripažįsta esant gerokai hiperbolizuotą): jeigu Didžiosios Britanijos Parlamentas paskelbtų, jog rūkymas Paryžiaus gatvėse yra nusikaltimas, tai toks elgesys ir būtų nusikaltimas pagal Anglijos teisę; žinoma, Prancūzijos pareigūnai šios britų Parlamento nuostatos galėtų nepaisyti, tačiau bet kuriam asmeniui, rūkiusiam Paryžiaus gatvėse, Didžiosios Britanijos teisme galėtų būti iškelta baudžiamoji byla ir paskirta bausmė (žr. I. Jennings. *The Law and the Constitution.* – London, 1954).

apribojimus gali panaikinti tik speciali institucija, kuriai patikėta realizuoti konstitucijos keitimo galią, kaip yra Jungtinėse Valstijose, arba kai šie apribojimai apskritai yra už konstitucijos keitimo galios srities ribų.

Analizuojant nagrinėjamosios teorijos pretenzijas nuosekliai paaiškinti tokius atvejus, būtina prisiminti tai, kas neretai pamirštama: pats Austinas, plėtodamas šią teoriją, net ir Anglijoje netapatino suvereno su įstatymų leidybos institucija. Tokia buvo Austino nuomonė; tačiau pagal visuotinai pripažintą doktriną nėra jokių Karalienės Parlamente legislatyvinės valdžios teisinių apribojimų, todėl ši jos laisvė dažnai vaizduojama kaip to, kas vadinama „suverenia įstatymų leidybos institucija", paradigma, skirianti Karalienę Parlamente nuo Kongreso ir kitų „griežtos" konstitucijos ribojamų įstatymų leidybos institucijų. Vis dėlto Austinas manė, kad bet kokioje demokratijoje suverenioji visuomenės dalis yra rinkėjai, o ne išrinktieji atstovai. Todėl Anglijoje „Bendruomenių rūmų* narius tiksliausiai apibūdintume sakydami, kad jie yra tik juos išrinkusios arba paskyrusios visuomenės dalies patikėtiniai – vadinasi, suverenitetas visuomet priklauso karališkiesiems perams** ir Bendruomenių rūmų rinkėjų korpusui"[21]. Panašiai Austinas laikėsi požiūrio, kad Jungtinėse Valstijose kiekvienos iš valstijų, „taip pat didesniosios valstybės, kylančios iš federacinės sąjungos", suverenitetas „priklauso valstijų vyriausybėms***,

* Didžiosios Britanijos Parlamento žemieji rūmai; aukštieji rūmai yra Lordų rūmai.

** *Karališkieji perai (King's Peers)* – lordai; čia turimi galvoje Lordų rūmai.

[21] Austin, *Province of Jurisprudence Determined,* Lecture VI, p. 230–1.

*** Čia Hartas bei jo cituojamas Austinas, rašydami apie Jungtines Amerikos Valstijas, vartoja *vyriausybės (government)* terminą jo angliškąja prasme, kuri iš esmės skiriasi nuo amerikietiškosios. Verčiant žodį *government* į lietuvių kalbą, neišvengiamai kyla sunkumų. Tiksliausias ir tikriausiai etimologiškai artimiausias vertinys yra *vyriausybė;* taip ir verčiama šioje knygoje. Tačiau Anglijoje vyriausybė yra Parlamento dalis –

sudarančioms vieną jungtinį organą; čia valstijos vyriausybe vadinama ne jos įprastinė įstatymų leidybos institucija, bet piliečių korpusas, kuris šią įprastinę įstatymų leidybos instituciją paskiria"[22].

Šiuo požiūriu skirtumas tarp tokios teisinės sistemos, kurioje įprastinė įstatymų leidybos institucija yra nevaržoma teisinių apribojimų, ir tokios, kurioje tokių apribojimų esama, pasirodo besąs tik skirtumas tarp suverenaus elektorato suverenių galių realizavimo būdų, kuriuos jis pats pasirenka. Pagal šią teoriją, Anglijoje vienintelis būdas, kuriuo elektoratas tiesiogiai realizuoja jam priklausančią su-

ministrų kabineto nariai būtinai yra ir kurių nors Parlamento rūmų nariai, o vyriausybe *(government)* paprastai vadinama Parlamento dauguma. Taigi terminas *government* gali būti (ir yra) pagrįstai priskiriamas ir legislatyvinei, ir vykdomajai valdžiai, nes vyriausybe *(government)* iš tikrųjų vadinama ta politinė jėga, kuri tuo metu kontroliuoja valstybės institucijas, arba net pačios šios institucijos, jų visuma, t.y. tai, ką mes Lietuvoje paprastai vadiname tiesiog *(valstybine) valdžia;* tokia vyriausybės samprata yra vienas iš esminių Anglijos tipo parlamentinių demokratijų požymių. Jungtinėse Amerikos Valstijose terminas *government* irgi žymi tam tikros politinės jėgos kontroliuojamą valdžios institucijų sistemą, bet čia šis terminas yra „dar bendresnio" pobūdžio, nes jis tiesiogiai nėra taikomas legislatyvinei, o ypač vykdomajai valdžiai: Jungtinių Amerikos Valstijų (ir atskirų šią valstybę sudarančių valstijų) ministrų kabinetas vadinamas *administracija (administration),* o ne *vyriausybe (government).* Tokį to paties termino prasmės pakeitimą galima paaiškinti JAV konstitucinės santvarkos specifika: Jungtinėse Amerikos Valstijose valdžių padalijimo principas yra vienas iš svarbiausiųjų politinės santvarkos principų (žr. išnašą p. 148); čia legislatyvinė ir vykdomoji valdžios yra griežtai atribotos. Taigi Jungtinėse Amerikos Valstijose *vyriausybės (government)* terminas turi ne politinį, o tik socialinį turinį. Lietuvoje (kurioje skirtingais laikotarpiais legislatyvinės ir vykdomosios valdžios buvo tai daugiau, tai mažiau atribotos, o šiuo metu, atrodo, yra balansuojama tarp valdžių padalijimo ir tam tikros parlamentarizmo atmainos) *vyriausybe* tradiciškai vadinama ne visa valstybės valdžios institucijų sistema (kaip JAV) ir ne vieninga legislatyvinė ir vykdomoji valdžia (kaip Didžiojoje Britanijoje), bet tik vykdomoji valdžia (ar net tik jos dalis), t.y. ministrų kabinetas; 1992 m. Lietuvos Konstitucijoje suformuluota dar siauresnė vyriausybės samprata, pagal kurią vyriausybę sudaro tik Ministras Pirmininkas ir ministrai (žr. šiuo metu galiojančios Lietuvos Konstitucijos 91 str.).

[22] Ibid., p. 251.

vereniteto dalį, yra atstovų, kurie posėdžiaus Parlamente, išrinkimas ir elektorato suverenios galios delegavimas jiems. Šis delegavimas tam tikra prasme yra absoliutus, nes nors ir pareiškiamas pasitikėjimas, kad atstovai nepiktnaudžiaus jiems deleguotomis galiomis, bet piktnaudžiavimo atvejais šis pasitikėjimas yra pagrindas tik moralinėms sankcijoms ir nerūpi teismams, kaip jiems rūpi legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai. Jungtinėse Valstijose yra visai kitaip: čia, kaip ir bet kurioje kitoje demokratijoje, kurioje įprastinė įstatymų leidybos institucija yra teisiškai apribota, rinkėjų korpusas, realizuodamas savo suverenią galią, nepasitenkina vien tik delegatų išrinkimu, bet nustato jiems teisinius apribojimus. Čia elektoratą galima laikyti „ypatinga ir tiesiogiai neįvardyta įstatymų leidybos institucija", viršesne už įprastinę įstatymų leidybos instituciją, kuri yra teisiškai „priversta" laikytis konstitucinių apribojimų, o kilus konfliktui teismai įprastinės įstatymų leidybos institucijos aktus paskelbs negaliojančiais. Vadinasi, čia elektoratas įkūnija suvereną, nevaržomą jokių teisinių apribojimų, kaip ir reikalauja nagrinėjamoji teorija.

Visiškai aišku, kad, šitaip toliau rutuliojant šią teoriją, paprasta suvereno samprata jeigu ir nėra radikaliai transformuojama, tai tampa kur kas rafinuotesnė. Kaip buvo parodyta šio skyriaus pirmame skirsnyje, suvereno apibūdinimas kaip „asmens arba asmenų, kuriems yra įpratusi paklusti didžioji visuomenės dauguma", beveik pažodžiui tinka paprasčiausiai visuomenės formai, kurioje Rex yra absoliutus monarchas, o dėl jo, kaip įstatymų leidėjo, teisių perėmimo nėra jokios nuostatos. Ten, kur šitokia nuostata egzistuoja, iš jos nuosekliai išplaukiančio legislatyvinės valdžios tęstinumo, kuris yra toks svarbus šiuolaikinės teisinės sistemos požymis, negalima išreikšti paprasta įpročių paklusti sąvoka; jam išreikšti reikia pasitelkti akceptuotosios normos, pagal kurią įpėdinis turi teisę leisti įstatymus dar

prieš faktiškai tai darydamas ir sulaukdamas paklusimo, sąvoką. Bet toks suvereno tapatinimas su demokratinės valstybės elektoratu visiškai neįtikina, nebent žodžiams „įprotis paklusti“ ir „asmuo arba asmenys“ suteiktume visiškai kitokią reikšmę, negu jie turėjo tuomet, kai buvo taikomi minėtajam paprastam atvejui; bet ši reikšmė gali tapti suprantama tik tuomet, kai vogčiomis pasitelkiama akceptuotosios normos sąvoka. Tam nepakanka paprastos įpročių paklusti bei įsakymų schemos.

Kad taip yra, galima pademonstruoti daugeliu įvairių būdų. Aiškiausiai tai matyti, kai kalbama apie demokratiją, kurioje elektoratui nepriklauso tik nepilnamečiai ir psichiškai nesveiki asmenys, todėl elektoratas sudaro „didžiąją daugumą“ gyventojų, arba kai įsivaizduojama paprasta socialinė grupė, kurią sudaro psichiškai sveiki suaugusieji, visi turintys teisę balsuoti. Tokiais atvejais bandydami elektoratą traktuoti kaip suvereną ir taikyti jam tuos paprastus apibrėžimus, kuriuos ši teorija suformulavo iš pat pradžių, mes sugausime save sakant, kad čia visuomenės „didžioji dauguma“ iš įpročio paklūsta pati sau. Taigi vietoj ankstesniojo aiškaus į dvi dalis – į teisinių apribojimų nevaržomą ir įsakymus duodantį suvereną ir į jam iš įpročio paklūstančius valdinius – padalytos visuomenės paveikslo iškyla išskydęs visuomenės, kurioje dauguma paklūsta daugumos arba net visų visuomenės narių duodamiems įsakymams, vaizdinys. Aišku, jog čia nėra nei „įsakymų“ ta prasme, kuria šis žodis buvo iš pradžių vartojamas (noro, kad *kiti* elgtųsi tam tikrais būdais, išraiška), nei „paklusimo“.

Atsakant į šią kritiką, galima skirti visuomenės narius kaip privačius asmenis ir kaip oficialius – rinkėjus ar įstatymų leidėjus. Toks atskyrimas yra visiškai suprantamas; daugumą teisinių ir politinių reiškinių iš tiesų lengviausia paaiškinti remiantis kaip tik šiuo požiūriu; bet suvereniteto teorijai tai negali padėti, net jeigu mes būtume pasirengę

žengti dar vieną žingsnį ir teigti, kad žmonės, veikdami kaip oficialūs asmenys, tampa *kitu asmeniu,* kuriam iš įpročio paklūstama. Juk jeigu paklaustume, kas turima omenyje, kai apie asmenų grupę sakoma, jog, rinkdami atstovą arba duodami įsakymą, jos nariai veikė ne „kaip individai", o „kaip oficialūs asmenys", į šį klausimą galėtume atsakyti tik nurodydami, jog jiems būdingos ypatybės, kurias numato tam tikros normos, ir jog jie laikosi kitų normų, apibrėžiančių, ką jie turi daryti, kad jų veiklos rezultatas būtų galiojantys rinkimai arba galiojantis įstatymas. Nustatyti, kad tai, ką nuveikė ši asmenų grupė, yra rinkimai arba įstatymas, galima tik remiantis tokiomis normomis. Taigi priskiriant šiuos dalykus juos „kuriantiems" subjektams negalima vadovautis tuo pačiu paprastu ir savaime suprantamu kriterijumi, kuriuo remiantis asmeniui priskiriami jo žodžiu ištarti arba raštu suformuluoti įsakymai.

Tad kas lemia tokių normų buvimą? Kadangi tai yra normos, apibrėžiančios, ką visuomenės nariai turi daryti, kad jie veiktų kaip elektoratas (ir todėl, kaip reikalauja aptartoji teorija, būtų suverenas), jos pačios negali būti suvereno išleisti įsakymai, nes tam tikrus dalykus galima laikyti suvereno išleistais įsakymais tik tuo atveju, jeigu šios normos jau galioja ir jų yra laikomasi.

Gal tuomet galima teigti, kad šios normos yra tik jau aprašytojo gyventojų *įpročio* paklusti elementai? Paprastu atveju, kai suverenas yra vienas asmuo, kuriam didžioji visuomenės dalis paklūsta, jeigu – ir tik jeigu – suverenas duoda įsakymus tam tikra forma, pavyzdžiui, raštu, pasirašytus ir paliudytus, galima būtų teigti (atsižvelgiant į pirmame skirsnyje išdėstytus prieštaravimus dėl įpročio sąvokos vartojimo šiuo atveju), jog norma, nustatanti, kad įstatymus suverenas turi leisti būtent šiuo būdu, yra tik jau aprašytojo visuomenės įpročio paklusti elementas: visuomenės nariai yra įpratę paklusti suverenui, *kai* šis duoda įsakymus šito-

kiu būdu. Bet kai suverenaus asmens negalima nustatyti nesiremiant šiomis normomis, šių normų negalima pateikti tik kaip sąlygų arba aplinkybių, kuriomis visuomenė iš įpročio paklūsta suverenui. Šios normos yra suvereno *konstituciniai elementai,* o ne šiaip kokie dalykai, kuriuos būtinai reikėtų paminėti, apibūdinant įpročius paklusti suverenui. Todėl negalima tvirtinti, kad aptariamuoju atveju normos, detaliai reglamentuojančios elektorato elgesio procedūrą, yra tik tokios sąlygos, kuriomis visuomenė, kaip daugelis individų, paklūsta sau kaip elektoratui; juk „sau kaip elektoratui" nenurodo asmens, kurį galima identifikuoti atskirai nuo šių normų. Tai yra tik glausta nuoroda, kad rinkėjai, rinkdami savo atstovus, laikėsi normų reikalavimų. Daugių daugiausia galima teigti (atsižvelgiant į pirmame skirsnyje išsakytus prieštaravimus), kad šios normos nustatė sąlygas, kuriomis *išrinktiesiems asmenims* iš įpročio paklūstama; bet taip mes grįžtume atgal prie to aptariamosios teorijos varianto, kuriame ne elektoratas, bet įstatymų leidybos institucija yra suverenas, o visos problemos, kylančios dėl to, kad galimi tokios įstatymų leidybos institucijos legislatyvinių galių teisiniai apribojimai, liktų neišspręstos.

Šie argumentai prieš aptariamąją teoriją, kaip ir tie, kurie buvo išsakyti ankstesniame šio skyriaus skirsnyje, yra fundamentalūs ta prasme, jog jie yra tolygūs teiginiui, kad ne tik kai kurie šios teorijos teiginiai yra klaidingi, bet apskritai paprasta įsakymų, įpročių ir paklusimo idėja yra netinkama analizuoti teisei. Vietoj jos reikalinga normos, suteikiančios ribotas ar neribotas galias asmenims, tam tikru būdu gavusiems teisę leisti įstatymus laikantis tam tikros procedūros, sąvoka.

Greta to, ką galima pavadinti aptariamosios teorijos bendru koncepciniu netinkamumu, išsakoma ir daugybė papildomų kontrargumentų prieš bandymą šią teoriją susieti su tuo faktu, kad tai, kas paprastai laikoma aukščiausiąja įsta-

tymų leidybos institucija, gali būti teisiškai apribota. Jeigu tokiais atvejais suverenas turi būti tapatinamas su elektoratu, tai net ir tada, kai elektoratas turi neribotą konstitucijos keitimo galią, kurią realizuodamas jis gali pašalinti visus įprastinės įstatymų leidybos institucijos apribojimus, pagrįstai galima paklausti, ar šie apribojimai tikrai yra teisiniai apribojimai, nes juk elektoratas yra davęs įsakymus, kuriems įprastinė įstatymų leidybos institucija iš įpročio paklūsta. Galima kol kas atmesti mūsų išsakytąjį prieštaravimą, kad legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai yra neteisingai traktuojami kaip įsakymai, vadinasi, ir kaip nustatytos šios valdžios *pareigos.* Net jeigu taip būtų, argi galima manyti, kad šie apribojimai yra pareigos, kurias vykdyti įstatymų leidybos institucijai elektoratas įsakė bent *tylomis?* Visi ankstesniuose skyriuose išdėstyti kontrargumentai prieš tyliųjų įsakymų idėją čia tinka dar labiau. Nors tas būdas, kuriuo galima realizuoti konstitucijos keitimo galią, gali būti ištes sudėtingas, kaip, pavyzdžiui, tas, kurį nustato Jungtinių Valstijų Konstitucija, tačiau tai, kad elektoratas šios savo galios nerealizuoja, dažniausiai įtikinamai liudija elektorato neišmanymą arba abejingumą, nors gali šiek tiek byloti ir apie jo norus. Mes iš tikrųjų labai nutolome nuo situacijos, kurioje mintis, kad generolas tyliai įsakė savo žmonėms daryti tai, ką jis žino jiems daryti įsakius seržantą, galėtų atrodyti visiškai įtikima.

Ir dar: ką, remdamiesi šia teorija, mes galėtume pasakyti, jeigu įstatymų leidybos institucija susidurtų su tokiais apribojimais, kurie apskritai yra už elektoratui patikėtos konstitucijos keitimo galios srities ribų? Tai ne tik yra įmanoma – kai kada iš tiesų susiklosto tokia padėtis. Čia elektoratui yra nustatyti teisiniai apribojimai, todėl nors jį ir galima būtų vadinti ypatingąja įstatymų leidybos institucija, bet jis nėra nevaržomas teisinių apribojimų, o todėl nėra ir suverenas. Ar šiuo atveju mes turėtume tvirtinti, kad suve-

renas yra visa visuomenė ir kad tai *jį* savo tyliu įsakymu nustatė šiuos teisinius apribojimus, prieš kuriuos sukilti elektoratas nepajėgė? Tai, kad šitaip samprotaujant jau nebūtų galima įžvelgti skirtumo tarp revoliucijos ir įstatymų leidybos, tikriausiai yra pakankamas pagrindas atmesti šį argumentą.

Pagaliau teorija, traktuojanti elektoratą kaip suvereną, geriausiu atveju kalba tik apie apribotą įstatymų leidybos instituciją demokratijoje, kurioje iš tikrųjų yra elektoratas. Ir vis dėlto mintis apie sostą paveldintį monarchą, tokį kaip Rex, turintį ribotas legislatyvines galias, kurios kartu yra ir ribotos, ir aukščiausios toje sistemoje, visiškai nėra absurdiška.

V

TEISĖ – PIRMINIŲ IR ANTRINIŲ NORMŲ JUNGINYS

1. Nauja pradžia

Iš trijų paskutiniųjų skyrių sužinojome, kad paprastas teisės, traktuojamos kaip suvereno prievartiniai įsakymai, modelis įvairiais labai svarbiais atvejais nesugeba reprodukuoti kai kurių itin reikšmingų teisinės sistemos požymių. Norint tai pademonstruoti, mums nebuvo būtina nurodyti (kaip darė ankstesnieji kritikai) tarptautinę teisę arba primityviąją teisę, kurias kai kas gali laikyti ginčytinais arba ribiniais teisės pavyzdžiais; vietoj jų mes nurodėme tam tikrus jau žinomus šiuolaikinės valstybės municipalinės teisės požymius ir parodėme, kad ši pernelyg paprasta teorija arba juos iškraipo, arba apskritai jų nenušviečia.

Pagrindiniai aspektai, kuriais ši teorija yra nenusisekusi, yra tokie pamokomi, kad juos verta dar kartą reziumuoti. Pirma, tapo aišku, kad nors iš visų teisės atmainų baudžiamasis įstatymas, neleidžiantis tam tikrų veiksmų arba juos uždraudžiantis ir nustatantis už juos bausmę, labiausiai panašus į grasinimais paremtus įsakymus, kuriuos vienas asmuo duoda kitiems, bet ir jis vis dėlto skiriasi nuo tokių įsakymų vienu svarbiu aspektu – jis paprastai taikomas ir tiems, kurie jį išleido, o ne tik kitiems. Antra, yra ir kitų teisės rūšių, kurias būtų absurdiška interpretuoti kaip grasinimais paremtus įsakymus; iš jų paminėtinos normos, suteikiančios teisines galias nagrinėti bylas ar leisti įstatymus (viešosios galios) arba kurti ar keisti teisinius santykius (pri-

vačios galios). Trečia, yra teisės normų, kurios skiriasi nuo įsakymų savo kilmės formomis, nes jos randasi ne iš to, kas būtų panašu į tiksliai suformuluotą nurodymą. Galiausiai, teisės analizė, grindžiama suvereno, kuriam iš įpročio paklūstama ir kuriam jokiu būdu netaikomi kokie nors teisiniai apribojimai, sąvoka, nesugeba paaiškinti šiuolaikinei teisinei sistemai būdingo legislatyvinės valdžios tęstinumo, o suverenusis asmuo arba asmenys šioje analizėje negali būti tapatinami nei su elektoratu, nei su šiuolaikinės valstybės įstatymų leidybos institucija.

Prisiminkime, kad, šitaip kritikuodami teisės, traktuojamos kaip suvereno prievartinai įsakymai, koncepciją, mes aptarėme ir keletą papildomų išradingų argumentų, kuriais operuojama norint šią teoriją išvaduoti nuo jai iškylančių sunkumų, nors taip ir suardomas šios teorijos išties primityvus paprastumas. Bet ir šie argumentai nepasiekė tikslo. Paaiškėjo, kad vieno iš šių argumentų – *tylaus* įsakymo sąvokos – negalima taikyti sudėtingiems šiuolaikinės teisinės sistemos reiškiniams; šis argumentas gali būti taikomas tik kur kas paprastesnėms situacijoms, kaip, pavyzdžiui, ta, kai generolas tyčia susilaiko ir nesikiša jo pavaldiniams duodant įsakymus. Kiti argumentai, kaip antai kai galias suteikiančios normos traktuojamos tik kaip pareigas nustatančių normų fragmentai arba kai visos normos laikomos skirtomis tik pareigūnams, iškreipia tą prasmę, kuria apie jas kalbama, galvojama ir kuria jos faktiškai taikomos socialiniame gyvenime. Tai ne ką labiau gali pretenduoti į mūsų pritarimą nei teorija, pagal kurią visos žaidimo taisyklės „iš tikrųjų" yra nurodymai teisėjui ir taškų skaičiuotojui. Dar vienu išradingu argumentu buvo siekiama įstatymų leidybai būdingą susisaistomąjį pobūdį suderinti su teorija, teigiančia, kad įstatymas yra įsakymas, duodamas *kitiems,* įstatymų leidėjus, veikiančius kaip oficialūs asmenys, skiriant kaip *vieną* asmenį, įsakinėjantį *kitiems,* tarp jų ir patiems sau

kaip privatiems asmenims. Šis argumentas pats savaime yra nepriekaištingas, bet jis papildo teoriją tuo, ko joje iš pradžių nebuvo, – normos, apibrėžiančios, ką reikia daryti siekiant leisti įstatymus, sąvoka; juk tiktai laikantis šios normos įstatymų leidėjai tampa oficialiais asmenimis ir kartu atskirais individais, kuriuos galima priešpriešinti jiems patiems, kaip privatiems asmenims.

Taigi paskutinieji trys skyriai – tai nesėkmės aprašymas, todėl aišku, kad reikia pradėti iš naujo. Tačiau iš šios nesėkmės galima pasimokyti, tad taip smulkiai ją nagrinėti, kaip padarėme mes, išties buvo verta, nes kiekvienu atveju, kai ši teorija neatitikdavo faktų, buvo galima bent bendrais bruožais įžvelgti, kodėl ji buvo pasmerkta žlugti ir ko reikia, kad ji šiuos klausimus geriau paaiškintų. Pagrindinė nesėkmės priežastis yra ta, kad tarp elementų, iš kurių ši teorija buvo sukonstruota – t.y. tarp įsakymų, paklusimo, įpročių, grasinimų idėjų – neatsirado ir dėl šių elementų kombinacijos negalėjo atsirasti vietos normos idėjai, be kurios negalima net turėti vilties, jog pavyks nušviesti nors pačias elementariausias teisės formas. Iš tiesų normos idėja anaiptol nėra paprasta: III skyriuje mes jau įsitikinome, kad, norėdami teisingai įvertinti teisinės sistemos sudėtingumą, turime įžvelgti skirtumą tarp dviejų nors ir susijusių, bet skirtingų tipų. Pirmojo tipo, kurį tikrai galima laikyti pamatiniu arba pirminiu tipu, normos reikalauja, kad žmonės atliktų tam tikrus veiksmus arba susilaikytų nuo jų, nesvarbu, ar jie to patys nori, ar ne. Antrojo tipo normos tam tikru požiūriu yra parazitinės arba antrinės pirmojo tipo normų atžvilgiu, nes jos numato, kad žmonės, darydami arba sakydami tam tikrus dalykus, gali įdiegti naujas pirmojo tipo normas, panaikinti ar modifikuoti senąsias arba įvairiais būdais apibrėžti jų galiojimo sritį ar kontroliuoti jų veikimą. Pirmojo tipo normos nustato pareigas, antrojo tipo normos suteikia galias – viešąsias arba privačias.

Pirmojo tipo normos apima veiksmus, susijusius su fiziniu judėjimu arba pokyčiais; antrojo tipo normos yra susijusios su operacijomis, kurios sukelia ne tik fizinį judėjimą ar pokyčius, – jomis kuriamos arba keičiamos pareigos arba prievolės.

Tam tikrą pradinę analizę, kas turima galvoje, kai teigiama, kad socialinėje grupėje galioja šių dviejų tipų normos, mes jau atlikome, o šiame skyriuje mes ne tik plėtosime šią analizę, bet ir suformuluosime bendrą teiginį, kad minėtoji dviejų normų tipų kombinacija yra tai, ką Austinas klaidingai manė aptikęs prievartinių įsakymų sąvokoje, būtent – „jurisprudencijos mokslo raktas“. Mes jokiu būdu neteigsime, jog šią pirminių ir antrinių normų kombinaciją galima aptikti visur, kur tik žodis „teisė“ yra „teisingai“ vartojamas; juk aišku, kad daugybę įvairiausių atvejų, kuriais vartojamas žodis „teisė“, vienus su kitais sieja ne koks nors toks paprastas vienodumas, bet ne tokie tiesioginiai ryšiai – dažniausiai formos ar turinio analogijos – su pagrindiniu atveju. Šiame ir tolesniuose skyriuose mes pamėginsime parodyti, kad daugelį teisės bruožų, dėl kurių iškildavo daugiausia keblumų ir kurie ir skatino teisės apibrėžimo paieškas, ir nukreipdavo jas neteisinga linkme, galima išsiaiškinti perpratus šiuos du normų tipus ir jų sąveiką. Šiam elementų junginiui skiriama svarbiausioji vieta dėl tos aiškinamosios galios, kurią šie elementai turi nušviečiant koncepcijas, sudarančias teisinės minties metmenis. Žodžio „teisė“ vartojimo žymėti daugybei akivaizdžiai įvairiarūšių atvejų pateisinimas yra antraeilis dalykas, kurio galėsime imtis tuomet, kai suvoksime šiuos pagrindinius dalykus.

2. Prievolės idėja

Pirmiausia prisiminkime, kad, nepaisant visų teorijos, traktuojančios teisę kaip prievartinius įsakymus, klaidų, šios

teorijos išeities taškas buvo visiškai teisingas pripažinimas, jog kur yra teisė, ten žmonių elgesys tam tikru požiūriu tampa nealternatyvus arba privalomas. Pasirinkus tokį išeities tašką, šiai teorijai buvo suteiktas reikšmingas postūmis, tad ir mes, konstruodami naują teisės sampratą, grindžiamą pirminių ir antrinių normų sąveikos koncepcija, pradėsime nuo tos pačios idėjos. Tačiau tikriausiai kaip tik dabar, žengdami šį pirmąjį lemtingą žingsnį, mes turėtume daugiausia pasimokyti iš šios teorijos klaidų.

Prisiminkime ginkluoto plėšiko situaciją. A liepia B atiduoti jam savo pinigus ir grasina jį nušauti, jeigu jis nepaklustų. Pagal prievartinių įsakymų teoriją, ši situacija bendrais bruožais iliustruoja prievolės arba pareigos idėją. Šioje situacijoje, pakylėtoje į rašytinio įsakymo lygį, aptinkame teisinę prievolę; A turi būti suverenas, kuriam iš įpročio paklūstama, o jo įsakymai turi būti bendro pobūdžio, nustatantys elgesio būdus, o ne pavienius veiksmus. Teiginio, kad plėšiko situacija išryškina prievolės prasmę, įtikinamumą lemia tas faktas, jog tai ištiesų yra tokia situacija, kurioje mes sakytume, kad jeigu B pakluso, vadinasi, jis „privalėjo“ atiduoti savo pinigus. Tačiau lygiai taip pat aišku, jog jeigu, remdamiesi šiais faktais, teigtume, kad B „turėjo prievolę“ arba „pareigą“ atiduoti pinigus, mes šią situaciją apibūdintume neteisingai. Taigi jau iš pat pradžių aišku, kad, norint suprasti prievolės idėją, mums reikia dar kažko. Teiginys, kad kas nors *privalėjo* ką nors padaryti, skiriasi nuo teiginio, kad šis asmuo *turėjo prievolę* tai padaryti, ir šį skirtumą dar reikės paaiškinti. Pirmasis teiginys dažniausiai yra teiginys apie įsitikinimus ir motyvus, dėl kurių atliekamas tam tikras veiksmas: antai plėšiko situacijoje tai, kad B privalėjo atiduoti savo pinigus, gali paprasčiausiai reikšti, kad jis buvo įsitikinęs, jog jeigu jų neatiduos, jam bus padaryta tam tikra žala arba jį ištiks kitos nemalonios pasek-

mės, todėl jis, siekdamas šių pasekmių išvengti, ir atidavė pinigus. Supratimas, kas galėtų jam atsitikti, jeigu jis nepaklustų, šįkart paskatino B nedaryti to, kam kitokiomis aplinkybėmis jis būtų teikęs pirmenybę (pasilikti pinigus).

Dar du dalykai šiek tiek apsunkina privalėjimo ką nors padaryti sąvokos nušvietimą. Tikriausiai aišku, jog negalima manyti, kad B privalo atiduoti pinigus, jeigu gresianti žala, vertinant ją sveiko proto požiūriu, yra menkutė, palyginti su nuostoliais ar kitomis rimtomis pasekmėmis, kurias patirtų B arba kiti asmenys, jeigu paklustų įsakymams; taip būtų, jeigu A, pavyzdžiui, tik pagrasintų įžnybti B. Mes taip pat neturėtume sakyti, jog B privalėjo atiduoti pinigus, jeigu nėra pakankamo pagrindo manyti, kad A sugebės realizuoti arba tikriausiai realizuos savo grasinimą padaryti palyginti didelę žalą. Ir vis dėlto, nors ši sąvoka ir apima tokias nuorodas į tai, kaip sveikas protas vertina santykinę žalą, ir racionalų tikimybės įvertinimą, pats teiginys, kad asmuo privalėjo kam nors paklusti, iš esmės yra psichologinis teiginys, nes nurodo įsitikinimus ir motyvus, dėl kurių buvo atliktas tam tikras veiksmas. Bet teiginys, kad kas nors *turėjo prievolę* ką nors padaryti, yra visai kitos rūšies, ir šį skirtingumą patvirtina daug požymių. Antai nors B veiksmus ir jo įsitikinimus bei motyvus plėšiko situacijoje liudijančių faktų ir pakanka, kad galėtume pagrįsti teiginį, jog B privalėjo atiduoti savo piniginę, bet jų *nepakanka* pagrįsti teiginiui, jog jis turėjo prievolę tai padaryti; be to, šios rūšies faktai, t.y. faktai, liudijantys įsitikinimus ir motyvus, visai *nereikalingi* tam, kad teiginys, jog asmuo turėjo prievolę ką nors padaryti, būtų teisingas. Antai teiginys, jog asmuo turėjo prievolę, pavyzdžiui, papasakoti tiesą arba atvykti į karo tarnybą, vis tiek yra teisingas, net jeigu šis asmuo buvo įsitikinęs (pagrįstai ar nepagrįstai), kad jis niekada nebus surastas ir kad jam nėra ko bijoti, jeigu nepa-

klustų. Be to, teiginys, jog asmuo turėjo šią prievolę, visiškai nepriklauso nuo to, ar šis asmuo iš tikrųjų atvyko į karo tarnybą, ar ne, o teiginys, jog kas nors privalėjo ką nors padaryti, paprastai numato, kad jis tai iš tikrųjų padarė.

Kai kurie teoretikai, tarp jų ir Austinas, tikriausiai manydami, jog asmens įsitikinimai, baimės ir motyvai yra visiškai nesusiję su klausimu, ar jis turėjo prievolę ką nors padaryti, šią sąvoką apibrėžė remdamiesi ne minėtais subjektyviais faktais, bet *galimybe* arba *tikimybe,* kad nepakluses prievolę turintis asmuo bus nubaustas arba patirs „blogį" iš kitų. Šitaip teiginiai apie prievoles yra traktuojami ne kaip psichologiniai teiginiai, bet kaip galimybių, kad bus paskirta bausmė arba padarytas „blogis", numatymas arba įvertinimas. Daugeliui vėlesniųjų teoretikų šitokia pažiūra atrodė tikras apreiškimas, ji sukonkretino abstrakčią sąvoką ir apibūdino ją tokiais pat aiškiais, griežtais, empiriniais terminais, kokie paprastai vartojami moksle. Iš tikrųjų ši pažiūra kartais būdavo pripažįstama kaip vienintelė alternatyva metafizinėms prievolės ir pareigos koncepcijoms, traktuojančioms šiuos dalykus kaip nematomus objektus, paslaptingai egzistuojančius „virš" arba „už" įprastų, stebėjimu pažįstamų faktų pasaulio. Tačiau yra daug priežasčių, skatinančių atmesti tokią teiginių apie prievoles kaip numatymų interpretaciją, kuri, tiesą sakant, nėra vienintelė alternatyva sunkiai suprantamai metafizikai.

Fundamentaliausias kontrargumentas yra toks: prediktyvistinė interpretacija padaro dar sunkiau suprantamą tą faktą, kad ten, kur yra normos, nukrypimai nuo jų yra ne tik pagrindas numatyti, jog normų pažeidėjai sulauks priešiškos reakcijos arba teismas taikys jiems sankcijas, bet ir priežastis, dėl kurios ši reakcija kyla arba tokios sankcijos yra taikomos, bei jų pateisinimas. IV skyriuje jau buvo

atkreiptas dėmesys į tokį normų vidinio aspekto nepaisymą; šiame skyriuje mes toliau tai nagrinėsime.

Tačiau yra ir antrasis, paprastesnis, kontrargumentas prieš prievolės prediktyvistinę interpretaciją. Jeigu teiginys, jog asmuo turėjo prievolę, iš tiesų reiškia, kad *šis asmuo* būtų nubaustas už nepaklusimą, tai prieštarautume jam sakydami, jog šis asmuo turėjo prievolę, pavyzdžiui, atvykti į karo tarnybą, bet dėl to, kad jis išvengė jurisdikcijos arba sėkmingai papirko policiją ar teismą, nebuvo nė menkiausios galimybės, jog jis bus pagautas arba priverstas kentėti. Iš tikrųjų šiuose žodžiuose nėra jokio prieštaravimo; tokie teiginiai dažnai formuluojami, ir visi juos supranta.

Tai, žinoma, tiesa, kad normalioje teisinėje sistemoje, kurioje už didžiąją dalį pažeidimų taikomos sankcijos, pažeidėjas paprastai rizikuoja sulaukti bausmės; todėl ir teiginys, kad asmuo turi prievolę, ir teiginys, kad jis bus nubaustas už nepaklusnumą, abu yra teisingi. Iš tikrųjų abiejų teiginių ryšys tam tikra prasme yra netgi dar glaudesnis: jeigu negalima tikėtis, kad pažeidėjams *apskritai* bus taikomos sankcijos, bent jau municipalinėje teisinėje sistemoje beveik nėra ar visai nėra jokios prasmės formuluoti kokius nors konkrečius teiginius apie asmens prievoles. Šiuo požiūriu apie tokius teiginius galima pasakyti, kad jie yra tikėjimo ilgalaikiu normaliu sankcijų sistemos funkcionavimu prielaida, panašiai kaip krikete posakis „jis yra užribyje“ nors kategoriškai ir netvirtina, bet leidžia tikėtis, kad žaidėjai, teisėjas ir taškų skaičiuotojas tikriausiai imsis įprastų priemonių. Vis dėlto, norint suvokti prievolės idėją, ypač svarbu suprasti, jog atskirais atvejais teiginys, kad asmuo turi prievolę pagal tam tikrą normą, ir numatymas, kad jis gali būti nubaustas už nepaklusimą, gali nesutapti.

Aišku, kad plėšiko situacijoje prievolės negalima įžvelgti, nors šiai situacijai būdingi elementai tikrai gali apibūdinti paprastesnę sąvoką „būti įpareigotam ką nors padary-

ti“. Kad suprastume prievolės teisinę formą, pirmiausia turime suprasti jos bendrą idėją, o tam turime išnagrinėti kitokią socialinę situaciją, kuri nuo plėšiko situacijos skiriasi tuo, kad čia jau yra socialinės normos; ši situacija padeda atskleisti teiginio, kad asmuo turi prievolę, prasmę dviem atžvilgiais. Pirma, tokių normų, paverčiančių tam tikras elgesio rūšis modeliu, buvimas yra normalus, nors ir nekonstatuotas tokio teiginio pagrindas ar būdingas kontekstas; antra, tokio teiginio skiriamoji funkcija yra bendrosios normos taikymas konkrečiam asmeniui, atkreipiant dėmesį į tą faktą, kad ši norma apima šio asmens atvejį. IV skyriuje mes jau matėme, kad bet kokių socialinių normų buvimas apima įprastinio elgesio ir aiškios pažiūros, jog šis elgesys atitinka modelį, derinį. Mes taip pat matėme, kokiais pagrindiniais aspektais šios normos skiriasi nuo paprasčiausių socialinių papročių ir kaip vartojama įvairi normatyvinė terminija („reikia“, „privalo“, „turi“), norint atkreipti dėmesį į modelį bei į nukrypimus nuo jo ir siekiant suformuluoti šiuo modeliu grindžiamus reikalavimus, kritiką ar pripažinimą. Žodžiai „prievolė“ ir „pareiga“ sudaro svarbų šių normatyvinių žodžių klasės poklasį, nes jie turi tam tikrų kitiems žodžiams paprastai nebūdingų prasmių. Todėl, norint suvokti prievolės arba pareigos sąvoką, vien tik supratimo, kokie elementai apskritai skiria socialines normas nuo paprasčiausių įpročių, paties savaime nepakanka, nors be šito tikrai negalima apsieiti.

Teiginys, kad kas nors turi prievolę arba kad jam yra nustatyta prievolė, iš tikrųjų numato normos buvimą; ir vis dėlto ne visada yra taip, kad ten, kur yra normos, jų reikalaujamas elgesio modelis yra įprasminamas prievolės sąvoka. Nors posakiams „Jis turėtų turėti prievolę“ ir „Jis turi prievolę“ bendra tai, kad jie abu aiškiai nurodo galiojančius elgesio modelius arba yra vartojami apibūdinti konkretiems atvejams remiantis tam tikra bendro pobūdžio nor-

ma, juos ne visada galima sukeisti vietomis. Etiketo taisyklės arba taisyklingos kalbos normos iš tikrųjų yra normos: jos yra kai kas daugiau negu supanašėję elgesio įpročiai arba elgesio dėsningumai; jų mokoma ir stengiamasi jas palaikyti; jomis remiamasi, kai specifiniais normatyviniais žodžiais kritikuojamas mūsų pačių ir kitų žmonių elgesys. „Tu turi nusiimti skrybėlę"; „Klaidinga sakyti «jūs buvai»". Tačiau šios rūšies normų kontekste vartoti žodžius „prievolė" arba „pareiga" būtų ne tik keista stiliaus požiūriu, bet ir klaidinga. Šitaip socialinė situacija būtų klaidingai apibūdinta, nes nors riba, skirianti prievolėmis susijusias normas nuo kitų normų, neryški, tačiau svarbiausias racionalus šio skirtumo pagrindimas yra pakankamai aiškus.

Normas suvokiame kaip nustatančias prievoles ir jas taip vadiname tuomet, kai visuotinis reikalavimas paklusti yra primygtinis, o socialinis spaudimas tiems, kurie nukrypsta nuo šių normų arba grasina nukrypsią, yra stiprus. Tokios normos gali būti išimtinai paprotinės kilmės: gali nebūti centralizuotai organizuotos bausmių, taikomų už tokių normų pažeidimus, sistemos; socialinis spaudimas gali įgyti tik išskydusios bendro pobūdžio priešiškos arba kritiškos reakcijos formą, tačiau neperaugti į fizines sankcijas. Šis spaudimas gali apsiriboti žodiniais nepritarimo pareiškimais arba apeliavimu į individų pagarbą pažeistajai normai; jis gali labai stipriai priklausyti nuo to, kaip veikia gėdos, sąžinės graužimo ir kaltės jausmai. Kai spaudimas yra pastarosios rūšies, mes galime būti linkę šias normas laikyti socialinės grupės moralės dalimi, o prievolę, kylančią iš šių normų, – moraline prievole. Ir atvirkščiai, kai išsiskiriančios arba įprastos spaudimo formos yra fizinės sankcijos, net jeigu jos nėra pareigūnų aiškiai formuluojamos bei realizuojamos, bet paliekamos apskritai visos bendruomenės nuožiūrai, mes būsime linkę šias normas priskirti primityviosios, arba rudimentinės, teisės kategorijai. Žinoma, abu šiuos rimto so-

cialinio spaudimo tipus mes galime aptikti susijusius su tuo, kas akivaizdžiai yra ta pati elgesio norma; kartais tai gali atsitikti be jokios nuorodos, kad vienas iš jų yra specifiškai būdingas kaip pirminis, o kitas yra antrinis, ir tuomet klausimas, ar mes turime reikalą su moralės norma, ar su rudimentine teise, gali likti be atsakymo. Tačiau tai, ar tarp teisės ir moralės įmanoma nubrėžti skiriamąją ribą, šiuo metu neturi mūsų varžyti. Svarbu yra tai, kad su normomis susijusio socialinio spaudimo svarbos arba *rimtumo* akcentavimas yra pirminis veiksnys, nuo kurio priklauso tai, ar mes šias normas suvokiame kaip lemiančias prievolių atsiradimą.

Su šia pirmine prievolės savybe natūraliai yra susijusios kitos dvi. Rimto socialinio spaudimo palaikomos normos yra suvokiamos kaip svarbios, nes tikima, kad jos yra būtinos, siekiant palaikyti socialinį gyvenimą arba tam tikrą itin vertinamą jo požymį. Tokios akivaizdžiai svarbiausios normos, kaip antai tos, kurios apriboja laisvą smurto vartojimą, paprastai suvokiamos prievolės kontekste. Lygiai taip pat normos, reikalaujančios sąžiningumo ar tiesos, ar kad būtų laikomasi pažadų, arba apibrėžiančios, ką turėtų daryti tas, kas socialinėje grupėje atlieka ypatingą vaidmenį arba funkciją, yra suvokiamos arba „prievolės“ kontekste, arba – tikriausiai dažniau – „pareigos“ kontekste. Antra, visuotinai pripažįstama, kad nors elgesys, kurio šios normos reikalauja, gali teikti naudą kitiems, tačiau jis gali prieštarauti tam, ką norėtų daryti šią pareigą turintis asmuo. Taigi prievolės ir pareigos paprastai suvokiamos kaip susijusios su pasiaukojimu arba tam tikrų dalykų išsižadėjimu, o nuolatinė konflikto tarp prievolės arba pareigos ir intereso galimybė visose visuomenėse yra vienas iš truizmų, kuriais operuoja ir teisininkai, ir moralistai.

Šių trijų veiksnių, skiriančių su prievolėmis ar pareigomis susijusias normas nuo kitų normų, kontekste galima paaiškinti žodyje „prievolė“ užmaskuotą *saitų*, kuriais yra

susaistytas įpareigotasis asmuo, figūrą*, taip pat panašią skolos sąvoką, slypinčią žodyje „pareiga“. Šioje daugeliui teisinės minties atstovų ramybės neduodančioje figūroje socialinis spaudimas tampa tarsi grandine, sukaustančia tuos, kurie turi prievoles, ir jie nebėra laisvi daryti tai, ką nori. Kitą grandinės galą kartais laiko grupė arba jos oficialūs atstovai, primygtinai reikalaujantys, kad prievolė būtų įvykdyta, arba įvykdantys bausmę: kartais grupė tai patiki privačiam asmeniui, kuris gali pasirinkti, ar primygtinai reikalauti, kad prievolė būtų įvykdyta, ar priimti jos vertę atitinkantį ekvivalentą. Pirmoji situacija tipiška pareigoms arba prievolėms iš baudžiamosios teisės srities, o antroji – prievolėms ir pareigoms iš civilinės teisės srities, kurioje mes manome privatiems asmenims esant būdingas prievoles atitinkančias teises.

Kad ir kokios natūralios ir daug ką paaiškinančios būtų šios figūros arba metaforos, mes neturime leisti, kad jos mus suviliotų klaidinga koncepcija, esą prievolė iš esmės yra tam tikras spaudimo arba prievartos pojūtis, patiriamas tų, kurie turi prievoles. Iš to, kad prievoles nustatančias normas paprastai palaiko rimtas socialinis spaudimas, neišplaukia, jog turėti šių normų nustatytą prievolę tolygu pajusti prievartą arba spaudimą. Taigi pasakymas, jog koks nors užkietėjęs sukčius turėjo prievolę sumokėti rentą, bet nepatyrė jokio spaudimo sumokėti, kai paspruko to nepadaręs, nebus prieštaringas, o dažnai net gali būti teisingas. *Jaustis* privalančiam ir turėti prievolę – tai skirtingi, nors dažnai kartu egzistuojantys dalykai. Juos tapatinti reikštų tam tikru būdu – psichologinių pojūčių kontekste – ne-

* Hartas vartoja žodį *bond*, reiškiantį ir *ryšį*, ir *saitus (pančius)*, ir *nelaisvę (įkalinimą)*, ir *įsipareigojimą (pažadą)*, bet kartu – ir *obligaciją*, t.y. *vertybinį popierių* arba *skolos raštą*. (Į lietuvių kalbą *obligacijos* terminas yra atėjęs iš lotynų kalbos (lot. *obligatio – prievolė*), o angliškai *prievolė – obligation)*. Taigi dar kartą galime įsitikinti, kad vienas iš svarbiausiųjų Harto teorijos pagrindų yra anglų kalbos žodžių ir jų reikšmių ryšiai.

teisingai interpretuoti svarbų normų vidinį aspektą, į kurį mes atkreipėme dėmesį III skyriuje.

Iš tikrųjų normų vidinis aspektas yra tas dalykas, prie kurio mums vėl reikia grįžti prieš galutinai atmetant prediktyvistinės teorijos argumentus. Juk šios teorijos šalininkas pagrįstai galėtų paklausti, kodėl mums vis dar taip rūpi pabrėžti prediktyvistinės teorijos nenuoseklumus, jeigu socialinis spaudimas yra toks svarbus prievoles nustatančių normų požymis; juk ši teorija kaip tik šiam požymiui skiria svarbiausią vietą, apibrėždama prievolę kaip tikimybę, jog nukrypimą nuo tam tikrų elgesio parametrų lydės gresianti bausmė arba priešiška reakcija. Gali atrodyti, jog teiginio, kad prievolė yra priešiškos reakcijos į nukrypimą numatymas arba jos tikimybės įvertinimas, analizė tik nežymiai skiriasi nuo mūsų pačių išsakytos minties, jog nors minėtasis teiginys numato tam tikras sąlygas, kuriomis nukrypimai nuo normos paprastai sutinkami priešiškai, šio teiginio tikroji paskirtis yra ne numatyti tai, bet pasakyti, kad tokia norma apima tam tikro asmens atvejį. Tačiau iš tikrųjų šis skirtumas nėra menkas. Nesuvokę jo svarbos, mes tikrai negalime teisingai suprasti, kuo yra ypatingos visos tos su normų buvimu susijusios ir visuomenės normatyvinę struktūrą sudarančios žmonių mintys, kalba ir veiksmai.

Apibūdinti, kodėl šis skirtumas toks svarbus suprasti ne tik teisei, bet ir apskritai bet kurios visuomenės struktūrai, gali padėti ir tokia priešprieša, grindžiama normų „vidiniu" ir „išoriniu" aspektais. Tas faktas, kad socialinėje grupėje galioja tam tikros elgesio normos, leidžia formuluoti daug glaudžiai susijusių, tačiau vis dėlto skirtingų teiginių; juk asmuo su normomis gali būti susijęs arba tik kaip stebėtojas, kuris pats jų neakceptuoja, arba kaip grupės narys, kuris akceptuoja šias normas ir kuriam jos yra elgesio orientyrai. Šią sąsają galima vadinti atitinkamai „išoriniu" ir „vidiniu požiūriu". Vadovaujantis išoriniu požiūriu, taip pat

galima formuluoti skirtingų rūšių teiginius. Juk stebėtojas, pats neakceptuodamas normų, gali konstatuoti, kad grupė šias normas akceptuoja, ir šitaip gali iš šalies nurodyti tą būdą, kuriuo *jie,* vadovaudamiesi vidiniu požiūriu, yra susiję su šiomis normomis. Tačiau kad ir kokios būtų šios normos – žaidimų, kaip antai šachmatų arba kriketo, ar moralės arba teisės normos, – jeigu tik norime, mes galime pasirinkti stebėtojo, kuris šitaip net nesirems grupės vidiniu požiūriu, pozicija. Toks stebėtojas pasitenkina tuo, kad fiksuoja stebimojo elgesio, kuris iš dalies atitinka normas, dėsningumus, taip pat tuos kitus dėsningumus – priešiškos reakcijos, priekaištų ir bausmės, – kuriais reaguojama į nukrypimus nuo normų. Praėjus tam tikram laikui, išorinis stebėtojas, remdamasis stebėtaisiais dėsningumais, gali nustatyti ryšį tarp nukrypimų nuo normų ir priešiškos reakcijos, taip pat gali gana sėkmingai numatyti ir įvertinti tikimybę, kad nukrypimas nuo grupės normalaus elgesio sukels priešišką reakciją ar užtrauks bausmę. Šios žinios ne tik atskleis daug ką apie šią grupę, bet gali padėti stebėtojui gyventi tarp šios grupės narių išvengiant nemalonių pasekmių, kurių sulauktų tas, kas bandytų tai daryti šių žinių neturėdamas.

Tačiau jeigu stebėtojas tikrai griežtai laikosi šio kraštutinio išorinio požiūrio ir nė kiek nekreipia dėmesio į tai, kaip normas akceptuojantys grupės nariai patys žiūri į savo įprastinį elgesį, jis apskritai negali jų gyvenimo apibūdinti remdamasis normos sąvoka, taigi ir prievolės arba pareigos sąvokomis, kurios yra išvestinės iš normos sąvokos. Užuot pateikęs tokį apibūdinimą, jis operuos stebimųjų elgesio dėsningumų, numatymų, tikimybių ir ženklų kategorijomis. Juk tokiam stebėtojui grupės nario nukrypimas nuo normalaus elgesio bus tik ženklas, kad galima tikėtis priešiškos reakcijos, ir niekas daugiau. Jo požiūris bus panašus į požiūrį žmogaus, kuris, tam tikrą laiką judrioje gatvėje stebė-

jęs šviesoforo signalus, pasako tik tiek, jog užsidegus raudonai šviesai yra didelė tikimybė, kad eismas sustos. Stebėtojas žvelgia į šviesoforo šviesą tik kaip į natūralų *ženklą, kad* žmonės elgsis tam tikru būdu, lygiai kaip debesys yra *ženklas, kad* lis. Taip darydamas stebėtojas visiškai ignoruos tų žmonių, kuriuos jis stebi, socialinio gyvenimo matmenį, nes jiems raudona šviesa nėra tik ženklas, kad kiti sustos, – jie į raudoną šviesą žiūri kaip į *signalą jiems* sustoti, taigi ir kaip į priežastį, dėl kurios reikia sustoti, kaip to reikalauja normos, kurios sustojimą degant raudonai šviesai padaro elgesio modeliu ir prievole. Šio dalyko konstatavimas reiškia, kad atkreipiamas dėmesys į tai, kaip grupė motyvuoja savo pačios elgesį. Taip nurodomas normų vidinis aspektas – toks, koks jis matomas žvelgiant šių žmonių vidiniu požiūriu.

Išorinis požiūris gali beveik tiksliai atkurti tą būdą, kuriuo normos funkcionuoja kai kurių visuomenės narių gyvenime – būtent tų, kurie atmeta grupės normas ir kuriems šios normos rūpi tik tada ir tik todėl, kad jie mano, jog normų pažeidimas sukels nemalonių pasekmių. Jų požiūriui išreikšti bus reikalingos tokios frazės: „Aš privalėjau tai padaryti", „Aš tikriausiai dėl to nukentėsiu, jeigu ...", „Tu tikriausiai dėl to nukentėsi, jeigu ...", „Jeigu ..., tai jie tau padarys štai ką". Bet jiems nebus reikalingos tokios išraiškos formos, kaip „Aš turėjau prievolę" arba „Tu turi prievolę", nes jos yra reikalingos tik tiems, kurie į savo ir į kitų asmenų elgesį žvelgia vadovaudamiesi vidiniu požiūriu. Išorinis požiūris, apsiribojantis stebimais elgesio dėsningumais, negali atkurti to būdo, kuriuo normos funkcionuoja kaip normos gyvenime tų žmonių, kurie paprastai sudaro visuomenės daugumą. Šie žmonės – tai pareigūnai, teisininkai arba privatūs asmenys, kuriems normos įvairiose situacijose tarnauja kaip elgesio socialiniame gyvenime orientyrai, kaip pretenzijų, reikalavimų, pripažinimo, kriti-

kos arba bausmių pagrindas, t.y. visuose įprastiniuose gyvenimo reikaluose, kurie yra tvarkomi laikantis normų reikalavimų. Jiems normos pažeidimas yra ne tik pagrindas numatyti kilsiant priešišką reakciją, bet ir šio priešiškumo *motyvas.*

Atrodo, kad kiekvienos visuomenės, kuri gyvena laikydamasi normų – nesvarbu, teisės ar kitokių, – gyvenime visada yra įtampa tarp tų, kurie akceptuoja normas ir savanoriškai bendradarbiauja jas palaikydami, taigi į savo pačių ir į kitų asmenų elgesį žvelgia per normų prizmę, ir tų, kurie atmeta normas ir į jas žvelgia tik vadovaudamiesi išoriniu požiūriu, kaip į galimos bausmės ženklą. Vienas iš sunkumų, su kuriais susiduria kiekviena teisės teorija, siekianti teisingai įvertinti visas sudėtingas aplinkybes, – tai atminti, kad egzistuoja abu šie požiūriai ir neignoruoti kurio nors iš jų, tarsi jo išvis nebūtų. Tikriausiai visą mūsų išsakytą prievolės prediktyvistinės teorijos kritiką galima reziumuoti apkaltinant ją, kad kaip tik taip ji elgiasi su prievoles nustatančių normų vidiniu aspektu.

3. Teisės elementai

Žinoma, įmanoma įsivaizduoti visuomenę, kurioje nėra įstatymų leidybos institucijos, teismų, taip pat jokių pareigūnų. Iš tikrųjų yra daug primityvių bendruomenių tyrinėjimų, ne tik tvirtinančių, kad tokia galimybė yra realizuota, bet ir smulkiai aprašančių gyvenimą visuomenės, kurioje vienintelė socialinės kontrolės priemonė yra ta visiems grupės nariams būdinga pažiūra į pačios šios grupės standartinius elgesio būdus, kuria remdamiesi mes apibūdinome prievoles nustatančias normas. Šios rūšies socialinė struktūra dažnai vadinama „papročiu"; vis dėlto mes šio termino nevartosime, nes jam dažnai suteikiama tokia reikšmė,

kad paprotinės normos esančios labai senos, o jas palaikantis socialinis spaudimas esąs silpnesnis už tą, kuris palaiko kitas normas. Siekdami išvengti šios paslėptos minėtojo termino prasmės, mes šią socialinę struktūrą vadinsime pirminėmis prievoles nustatančiomis normomis. Jeigu visuomenė turi gyventi vadovaudamasi vien tik šitokiomis pirminėmis normomis, tai, be jokios abejonės, turi būti įvykdytos tam tikros sąlygos, kurios yra tik keletas akivaizdžiausių banalių tiesų apie žmonių prigimtį ir apie pasaulį, kuriame mes gyvename. Pirmoji iš šių sąlygų yra tokia: vienokia ar kitokia forma normose turi būti įkūnyti apribojimai, draudžiantys laisvai naudoti jėgą, vogti ir apgaudinėti, t.y. daryti dalykus, kuriuos žmonėms kyla pagunda daryti, bet kuriuos jie apskritai turi slopinti, jeigu jiems tenka gyventi greta vienas kito. Mums žinomose primityviose visuomenėse tokios normos iš tikrųjų visuomet egzistuoja greta daugybės kitų normų, nustatančių individams įvairias pozityvias pareigas atlikti tam tikras paslaugas ar kitaip prisidėti prie bendro gyvenimo. Antra, jeigu tokia silpnai organizuota visuomenė, susidedanti iš maždaug vienodo fizinio pajėgumo asmenų, nori išlikti, tai, nors tokioje visuomenėje gali egzistuoti mūsų jau aprašytoji įtampa tarp tų, kurie akceptuoja normas, ir tų, kurie normas atmeta, jeigu tik socialinio spaudimo baimė nepaakina jų prisitaikyti, visiškai aišku, kad pastarieji tegali būti tik mažuma – antraip socialinis spaudimas, kurio turėtų bijoti atmetantys normas, būtų pernelyg menkas. Šią mintį taip pat patvirtina mūsų žinios apie primityvias bendruomenes, kuriose nors ir yra atskalūnų ir piktadarių, tačiau dauguma gyvena laikydamiesi normų, kurias vertina vadovaudamiesi vidiniu požiūriu.

Tačiau mūsų dabartiniam tikslui kur kas svarbesnė yra štai tokia mintis. Visiškai aišku, kad, viešpataujant tokių neoficialių normų režimui, sėkmingai gyvuoti galėtų tik stabilioje aplinkoje įsikūrusi nedidelė bendruomenė, kurios na-

rius jungia giminystės ryšiai, bendros pažiūros ir tikėjimas. Bet kokiomis kitomis sąlygomis tokia paprasta socialinės kontrolės forma nestokos trūkumų, todėl bus reikalingi kiti ją papildantys mechanizmai. Visų pirma, normos, kuriomis vadovaudamasi gyvena ši grupė, nesudarys sistemos, bet bus tiesiog atskirų standartų rinkinys, be jokio skiriamojo ar bendro požymio, žinoma, išskyrus tai, kad tai yra normos, kurias akceptuoja tam tikra žmonių grupė. Šiuo požiūriu jos bus panašios į etiketo taisykles, kurių mes patys laikomės. Todėl jeigu kiltų abejonių dėl to, kokios yra šios normos, arba dėl to, kokioje srityje galioja tam tikra konkreti norma, nebus jokios procedūros, kaip išsklaidyti šias abejones, nurodant autoritetingą tekstą arba pareigūną, kurio pareiškimai šiuo klausimu yra autoritetingi. Juk, paprastai tariant, tokia procedūra ir teksto arba asmenų autoritetingumo pripažinimas remiasi prielaida, kad yra kitokio tipo normų, negu prievoles ar pareigas nustatančios normos, be kurių ši grupė *ex hypothesi** nieko daugiau neturi. Šį pirminių normų paprastos socialinės struktūros trūkumą mes galime pavadinti jos *neapibrėžtumu.*

Kitas trūkumas – tai normų *statiškas* pobūdis. Tokia visuomenė žinos tiktai vieną būdą, kuriuo gali kisti šios normos, – lėtą augimo procesą, kai tam tikri elgesio būdai, kadaise laikyti neprivalomais, iš pradžių tampa įprastiniais arba visuotinai paplitusiais, o vėliau privalomais, ir atvirkštinį nykimo procesą, kai nukrypimai, už kuriuos kadaise būdavo griežtai susidorojama, iš pradžių imami toleruoti, o vėliau į juos nebekreipiama dėmesio. Tokioje visuomenėje nebus jokių priemonių, įgalinančių normas sąmoningai pritaikyti prie kintančių sąlygų, eliminuojant senas normas ir įdiegiant naujas, – juk galimybė tai padaryti remiasi prielaida, kad yra normos, priklausančios kitam tipui, negu prie-

* Pagal hipotezę *(lot.)*.

voles nustatančios normos, kuriomis vienintelėmis vadovaujasi ši visuomenė. Kraštutiniu atveju normų statiškumas gali įgyti dar radikalesnį pobūdį. Nors tai tikriausiai niekuomet nebuvo visiškai realizuota jokioje konkrečioje bendruomenėje*, šį atvejį verta panagrinėti dėl to, kad taip atskleidžiamas vienas teisei labai būdingas dalykas. Šiuo kraštutiniu atveju ne tik nebūtų įmanoma sąmoningai pakeisti bendro pobūdžio normas, bet ir joks individas savo sąmoningu pasirinkimu negalėtų varijuoti ar modifikuoti iš šių normų konkrečiais atvejais kylančių prievolių. Paprasčiausiai kiekvienas individas turės griežtai nustatytas prievoles arba pareigas daryti tam tikrus dalykus ar susilaikyti nuo jų. Iš tikrųjų dažnai gali būti taip, kad dėl šių prievolių įvykdymo kiti asmenys turės naudos; vis dėlto, jeigu yra tik pirminės prievoles nustatančios normos, šie asmenys neturės jokios galios nei atleisti įpareigotuosius nuo šių prievolių vykdymo, nei perduoti kitiems naudą, gautą dėl šių prievolių įvykdymo. Mat tokios operacijos, kaip atleidimas nuo prievolės vykdymo arba naudos perdavimas, sukelia asmenų pradinio statuso, kurį lemia pirminės prievoles nustatančios normos, pokyčius; kad tokios operacijos būtų galimos, turi būti normos, priklausančios kitai rūšiai, negu pirminės normos.

Trečiasis šios paprastos socialinio gyvenimo formos trūkumas – išskydusio socialinio spaudimo, kuriuo palaikomos normos, *neefektyvumas.* Jeigu nėra organo, turinčio specialius įgalinimus galutinai ir autoritetingai nustatyti akceptuotosios normos pažeidimo faktą, visose visuomenėse, išskyrus pačias mažiausias, nuolat kils begaliniai ginčai dėl

* Teigdamas, kad toks kraštutinis variantas tikriausiai niekuomet niekur nebuvo realizuotas, Hartas tikriausiai turi galvoje jo „absoliutų realizavimą". Tačiau kai kuriose religinėse teisinėse sistemose šis variantas realizuotas dideliu mastu, kaip antai musulmonų teisėje, kurioje doktrinos požiūriu nėra teisės skirstymo į objektyvinę ir subjektyvinę teisę.

to, ar tam tikra norma buvo, ar nebuvo pažeista. Tokių galutinių ir autoritetingų sprendimų stygių reikia skirti nuo kito su juo susijusio trūkumo. Turime galvoje tą aplinkybę, kad bausmes už normų pažeidimus, kaip ir kitas su fizinėmis pastangomis ar jėgos naudojimu susijusias socialinio spaudimo formas, įgyvendina ne koks nors specialus organas, bet jos paliekamos patiems nukentėjusiems asmenims arba visai bendruomenei. Akivaizdu, kad gaišatis, susijusi su neorganizuotomis grupės pastangomis sulaikyti ir nubausti pažeidėjus, taip pat, nesant oficialaus „sankcijų" monopolio, savitarpio pagalbos vis pakurstoma vendeta gali turėti rimtų pasekmių. Tačiau teisės istorija įsakmiai perša mintį, kad oficialių organų, galinčių autoritetingai nustatyti normų pažeidimo faktą, nebuvimas yra gerokai didesnis trūkumas; daugelis visuomenių visų pirma randa priemonių, įgalinančių išvengti šio trūkumo, ir tik po to – kito.

Priemonė, įgalinanti ištaisyti šiuos tris pagrindinius šios paprasčiausios socialinės struktūros formos trūkumus, yra *pirminių* prievoles nustatančių normų papildymas *antrinėmis* normomis – kitokios rūšies normomis. Jau patį priemonių, padedančių įveikti kiekvieną iš šių trūkumų, įdiegimą galima laikyti žingsniu iš ikiteisinio pasaulio į teisinį, nes įdiegiant kiekvieną iš šių priemonių atsiranda daug elementų, kurie tampa neatsiejami nuo teisės: iš tikrųjų visų šių trijų priemonių drauge pakanka, kad pirminių normų režimas virstų tuo, kas, be jokios abejonės, yra teisinė sistema. Mes aptarsime iš eilės visas šias priemones ir parodysime, kodėl teisę aiškiausiai galima apibūdinti kaip prievoles nustatančių pirminių normų ir minėtųjų antrinių normų junginį. Bet prieš imantis šio aptarimo reikia įsidėmėti štai tokius bendrus dalykus. Kalbamosios priemonės reiškia, kad įdiegiamos tam tikros normos; nors šios normos, be abejo, skiriasi vienos nuo kitų ir nuo prievoles nustatančių pirminių normų, kurias jos papildo, jos turi svarbių bendrų bruožų

ir yra įvairiais būdais vienos su kitomis susijusios. Antai apie jas visas galima pasakyti, jog jos yra kito lygio, negu pirminės normos, nes jos visos kalba *apie* tokias normas ta prasme, kad pirminių normų objektas yra veiksmai, kuriuos turi atlikti arba kurių neturi atlikti individai, o visų antrinių normų objektas yra pačios pirminės normos. Jos konkretizuoja tuos būdus, kuriais galima galutinai išaiškinti, įdiegti, eliminuoti, varijuoti pirmines normas ir galutinai nustatyti jų pažeidimo faktą.

Paprasčiausia priemonė, kompensuojanti pirminių normų režimo *neapibrėžtumą,* yra įdiegimas to, ką mes pavadinsime „pripažinimo taisykle". Taip bus nurodytas tam tikras bruožas ar bruožai, kurių turėjimas galutinai patvirtins, kad kalbamoji norma yra šios grupės norma, kuri turi būti palaikoma darant socialinį spaudimą. Tikrovėje pripažinimo taisyklė gali įgyti bet kurią iš daugybės įvairių formų, paprastų ar sudėtingų. Gali būti taip, kad nebus rasta nieko, išskyrus rašytiniame dokumente išdėstytą arba ant kokio nors viešo paminklo iškaltą autoritetingą normų sąrašą ar tekstą, kaip buvo daugelio visuomenių ankstyvojoje teisėje. Neabejotina, kad istorijos požiūriu šis žingsnis iš ikiteisinės būklės į teisinę galėjo būti žengtas tik ryškiais etapais, iš kurių pirmasis buvo iki tol nerašytų normų pavertimas rašytinėmis. Tai buvo svarbus, tačiau ne lemiamas žingsnis: lemiamą reikšmę turėjo kitas dalykas – nuorodos į tai, kas parašyta arba iškalta, pripažinimas *autoritetinga*, t.y. *tinkamu* būdu pašalinti abejonėms dėl normos buvimo. Kur yra toks pripažinimas, ten yra ir labai paprasta antrinės normos forma – taisyklė, pagal kurią galutinai identifikuojamos prievoles nustatančios pirminės normos.

Žinoma, brandžioje teisinėje sistemoje pripažinimo taisyklės yra sudėtingesnės; jos normas identifikuoja nurodydamos ne kokį nors tekstą ar sąrašą, bet tam tikrus pirminėms normoms būdingus bendrus požymius. Tokiais požy-

miais gali būti tas faktas, kad normas išleido speciali institucija arba kad jos ilgą laiką buvo praktikuojamos kaip paprotys, arba kad jos yra susijusios su teismų sprendimais. Be to, tais atvejais, kai identifikavimo kriterijais laikomi daugiau negu vienas tokių bendrų bruožų, gali būti nuostata dėl jų eiliškumo pagal prioritetus, siekiant išvengti galimo šių kriterijų konflikto, – antai paprotys ar precedentas subordinuojami įstatymui, kuris yra teisės „aukštesnysis šaltinis". Dėl tokio sudėtingumo šiuolaikinėje teisinėje sistemoje pripažinimo taisyklės gali atrodyti visai kitaip, negu paprastas autoritetingo teksto akceptavimas; tačiau net ir ši paprasčiausia pripažinimo taisyklės forma suponuoja daug teisei būdingų elementų. Įvesdama į apyvartą autoritetingumo požymį, ji suteikia postūmį teisinės sistemos idėjai, tiesa, tik jos užuomazginei formai: dabar normos yra nebe šiaip pavienių, tarpusavyje nesusijusių normų rinkinys, jos yra sujungtos tam tikru paprastu būdu. Be to, paprastoje tam tikros normos identifikavimo operacijoje, kuria nustatoma, kad ši norma turi reikalaujamą požymį – įeina į autoritetingą normų sąrašą, glūdi teisinio galiojimo idėjos užuomazga.

Priemonė, kompensuojanti pirminių normų režimo *statiškumo* savybę, yra to, ką mes pavadinsime „keitimo taisyklėmis", įdiegimas. Paprasčiausia tokios taisyklės forma yra norma, įgalinanti asmenį arba asmenų grupę įdiegti naujas pirmines normas, nustatančias grupės arba tam tikros į jos sudėtį įeinančios klasės elgesį, taip pat eliminuoti senas normas. Kaip jau įrodinėjome IV skyriuje, teisės akto išleidimo ir panaikinimo idėjas galima suprasti tik remiantis tokios normos, o ne grasinimais paremtų įsakymų sąvoka. Tokios keitimo taisyklės gali būti labai paprastos arba labai sudėtingos: suteiktosios galios gali būti neribotos arba įvairiai apribotos, be to, normos gali ne tik konkrečiai apibrėžti įstatymus leidžiančius asmenis, bet ir griežtai ar nelabai

griežtai nustatyti procedūrą, kurios privalu laikytis leidžiant įstatymus. Paprastai kalbant, ryšys tarp keitimo taisyklių ir pripažinimo taisyklių bus labai glaudus: ten, kur yra pirmosios taisyklės, antrosios būtinai apims nuorodą į įstatymų leidybą kaip normas identifikuojantį požymį, tačiau jos nebūtinai turi nurodyti visas įstatymų leidybos procedūros smulkmenas. Paprastai pagal pripažinimo taisykles tam tikras oficialus pažymėjimas arba oficialus nuorašas bus laikomas pakankamu įrodymu, jog aktas buvo išleistas tinkamai. Žinoma, jeigu yra tokia paprasta socialinė struktūra, kurioje vienintelis „teisės šaltinis" yra įstatymai, pripažinimo taisyklė paprasčiausiai apibrėš akto išleidimą kaip vienintelį normų galiojimą identifikuojantį požymį arba kriterijų. IV skyriuje pateiktas įsivaizduojamosios Rex I karalystės pavyzdys kaip tik iliustruoja tokią situaciją: ten pripažinimo taisyklė paprasčiausiai skelbs, jog tai, ką nustato Rex I, yra teisė.

Normas, suteikiančias asmenims galią keisti pirminių normų iš pat pradžių nustatytą jų statusą, mes jau gana smulkiai aprašėme. Jeigu nebūtų šitokių privačias galias suteikiančių normų, visuomenės gyvenimas netektų kai kurių svarbiausiųjų teisės jam teikiamų patogumų. Juk šios normos padaro įmanomas tokias operacijas, kaip testamentų ir sutarčių sudarymas, nuosavybės perdavimas, taip pat daugelį kitų savanoriškai sudaromų teisių ir pareigų struktūrų, įkūnijančių gyvenimą pagal teisę, nors, žinoma, elementari galią suteikiančios normos forma taip pat sudaro pagrindą ir moraliniam pasižadėjimo institutui. Šių normų giminiškumas keitimo taisyklėms, kurias apima įstatymų leidybos sąvoka, yra akivaizdus; pastarojo meto teorija, pavyzdžiui, Kelseno, rodo, jog daugelis mįslingų sutarčių ar nuosavybės institutų bruožų aiškintini sutarčių sudarymo ar nuosavybės perdavimo operacijas traktuojant kaip individų ribotų legislatyvinių galių realizavimą.

Trečiasis paprasto pirminių normų režimo papildymas, turintis kompensuoti išskydusio socialinio spaudimo *neefektyvumą,* – tai antrinės normos, įgalinančios individus autoritetingai spręsti, ar tam tikru konkrečiu atveju nebuvo sulaužyta pirminė norma. Teisinis ginčų sprendimas apima mažių mažiausiai šitokius sprendimus; antrines normas, suteikiančias galią daryti tokius sprendimus, mes vadinsime „bylų sprendimo taisyklėmis". Šios normos ne tik identifikuoja bylas sprendžiančius asmenis, bet ir apibrėžia procedūrą, kurios privalu laikytis. Kaip ir kitos antrinės normos, šios taip pat yra kito lygio, negu pirminės normos: nors jas gali sustiprinti kitos normos, nustatančios teisėjų pareigas spręsti bylas, pačios šios normos nenustato pareigų, bet suteikia teismo galias bei specialų statusą teismo sprendimams dėl prievolių pažeidimo. Kaip ir kitos antrinės normos, šios normos taip pat apibrėžia tam tikras svarbias teisines sąvokas – šiuo atveju tai yra teisėjo ar teismo, jurisdikcijos ir teismo sprendimo sąvokos. Ir be šių panašumų į kitas antrines normas bylų sprendimo taisyklės yra su jomis artimai susijusios. Iš tikrųjų bylų sprendimo taisykles turinti sistema būtinai apima ir elementarią ir netobulą pripažinimo taisyklę. Taip yra todėl, kad jeigu teismai turi galią daryti autoritetingus sprendimus dėl normos sulaužymo fakto, šiuos sprendimus galima padaryti tik kaip autoritetingus sprendimus dėl to, kokios yra šios normos. Taigi jurisdikciją suteikianti norma kartu bus ir teismų sprendimais pirmines normas identifikuojanti pripažinimo taisyklė, o patys šie sprendimai taps teisės „šaltiniu". Tiesa, ši nuo jurisdikcijos minimumo neatsiejama pripažinimo taisyklės forma bus labai netobula. Autoritetingą tekstą arba įstatymų rinkinį galima suformuluoti bendro pobūdžio terminais, tačiau teismo sprendimams tai netinka, ir jų panaudojimas kaip autoritetingų normas nurodančių orientyrų priklauso nuo nelabai patikimų iš atskirų sprendimų išplaukiančių išvadų; jų pa-

tikimumas būtinai svyruoja priklausomai nuo juos aiškinančių asmenų įgūdžių ir nuo teisėjų nuoseklumo.

Vargu ar reikia sakyti, kad tik nedaugelyje teisinių sistemų teismo galioms patikėta autoritetingai nustatyti pirminių normų pažeidimo faktą. Nors ir ne iš karto, tačiau dauguma sistemų įžvelgė didesnės socialinio spaudimo centralizacijos pranašumus; jos iš dalies uždraudė privatiems asmenims patiems taikyti fizines bausmes ar naudoti jėgą savigynos tikslais. Užuot tai leidusios, jos papildė prievoles nustatančias pirmines normas dar kitomis antrinėmis normomis, konkrečiai apibrėžiančiomis ar bent apribojančiomis baudžiamąsias priemones už pažeidimus, taip pat suteikė teisėjams, nustačiusiems pažeidimo faktą, išimtinę galią pavesti baudžiamąsias priemones taikyti kitiems pareigūnams. Šios antrinės normos sukuria sistemoje centralizuotas oficialias „sankcijas".

Jeigu mes pažvelgtume iš šalies ir apmąstytume struktūrą, atsiradusią iš prievoles nustatančių pirminių normų ir antrinių pripažinimo, keitimo ir bylų sprendimo taisyklių junginio, mums būtų visiškai aišku, kad tai yra ne tik teisinės sistemos šerdis, bet ir galingiausias įrankis, įgalinantis analizuoti daugelį reiškinių, dėl kurių laužo galvas ir teisininkai, ir politikos teoretikai.

Šis elementų derinys geriausiai nušviečia ne tik teisininkams profesiniu požiūriu rūpimas specifines teisines sąvokas, kaip antai prievolė ir teisės, galiojimas ir teisės šaltinis, įstatymų leidyba ir jurisdikcija, taip pat sankcija. Analogiškai reikia analizuoti ir valstybės, valdžios bei pareigūno sąvokas (jungiančias teisę su politikos teorija) – tik tada bus galima išsklaidyti jas gaubiančią miglą. Priežasčių, dėl kurių ši pirminių ir antrinių normų sąvokomis grindžiama analizė turi tokią aiškinamąją jėgą, nereikia toli ieškoti. Daugelis teisines ir politines sąvokas gaubiančių neaiškumų bei šių sąvokų iškraipymų atsiranda dėl to, kad šios sąvokos iš

esmės yra susijusios su tuo, ką mes pavadinome vidiniu požiūriu, t.y. požiūriu tų, kurie ne tik fiksuoja ir prognozuoja normas atitinkantį elgesį, bet ir *naudoja* normas kaip tam tikrą standartą, vertindami savo ir kitų asmenų elgesį. Analizuojant teisines ir politines sąvokas, šį aspektą reikia vertinti kur kas atidžiau, negu tai paprastai buvo daroma iki šiol. Paprasto pirminių normų režimo sąlygomis vidinis požiūris reiškiasi savo paprasčiausia forma, kai šios normos naudojamos kaip kritikos pagrindimas, kaip reikalavimų paklusti, socialinio spaudimo ir bausmės pateisinimas. Analizuojant pamatines prievolės ir pareigos sąvokas, reikalinga nuoroda į šią visiškai elementarią vidinio požiūrio apraišką. Papildžius sistemą antrinėmis normomis, to, kas yra sakoma ir daroma vadovaujantis vidiniu požiūriu, spektras labai išplečiamas ir paįvairinamas. Drauge atsiranda aibė naujų sąvokų, kurias analizuojant reikia remtis vidiniu požiūriu. Šiai aibei priklauso tokios sąvokos, kaip įstatymų leidyba, jurisdikcija, galiojimas, taip pat bendros privačių ir viešųjų teisinių galių sąvokos. Jas visada linkstama analizuoti tais būdais, kuriuos siūlo įprastas, „mokslinis", t.y. faktus konstatuojantis arba prediktyvistinis, diskursas. Bet taip galima reprodukuoti tik jų išorinį aspektą: norint teisingai atskleisti šių sąvokų būdingą vidinį aspektą, reikia įžvelgti tuos įvairius būdus, kuriais įstatymų leidėjo kuriant teisę atliekamos operacijos, teismo vykdomas bylų sprendimas, privačių ar oficialių galių realizavimas, taip pat kiti „veiksmai teisėje" yra susiję su antrinėmis normomis.

Kitame skyriuje mes parodysime, kaip teisės galiojimo bei teisės šaltinių idėjas ir tarp suvereniteto doktrinų klaidų pasimetusias tiesas galima suformuluoti kitaip ir paaiškinti remiantis pripažinimo taisyklėmis. Bet šį skyrių mes baigsime įspėdami: nors daugelį teisės aspektų paaiškinanti pirminių ir antrinių normų junginio idėja nusipelno tos didžiulės svarbos, kuri jai yra teikiama, ji pati savaime negali

paaiškinti visų problemų. Teisinės sistemos branduolys yra pirminių ir antrinių normų junginys – bet tai dar ne visa teisinė sistema; tolstant nuo šio centro, reikės rasti vietos ir kitokio pobūdžio elementams; kaip tai padaryti, nurodysime tolesniuose skyriuose.

VI

TEISINĖS SISTEMOS PAGRINDAI

1. Pripažinimo taisyklė ir teisinis galiojimas

Kaip teigia IV skyriuje kritikuotoji teorija, teisinės sistemos pagrindas yra tokia situacija, kai socialinės grupės dauguma yra įpratusi paklusti suverenaus asmens arba suverenių asmenų duodamiems grasinimais paremtiems įsakymams, o patys šie asmenys nėra įpratę kam nors paklusti. Kalbamojoje teorijoje ši socialinė situacija yra kartu ir būtina, ir pakankama teisės buvimo sąlyga. Šios teorijos nesugebėjimą atsižvelgti į kai kuriuos ryškiausius šiuolaikinės municipalinės teisinės sistemos bruožus mes jau parodėme; vis dėlto kadangi ši teorija yra užvaldžiusi daugelio mąstytojų protus, joje turi būti tam tikrų tiesų apie kai kuriuos teisės aspektus, nors jos ir pateiktos neaiškia ir klaidinančia forma. Tačiau aiškiai suformuluoti šias tiesas ir teisingai įvertinti jų svarbą galima tik sudėtingesnės socialinės situacijos kontekste, kur grupė akceptuoja antrinę normą – pripažinimo taisyklę – ir taiko ją identifikuoti prievoles nustatančioms pirminėms normoms. Jeigu ką nors apskritai galima laikyti teisinės sistemos pagrindais, tai šitokio įvertinimo nusipelno tik ši situacija. Šiame skyriuje aptarsime įvairius šios situacijos elementus, į kuriuos tik iš dalies arba neteisingai atsižvelgia suvereniteto ir kitos teorijos.

Ten, kur akceptuojama pripažinimo taisyklė, autoritetingi kriterijai, kuriais remiantis identifikuojamos prievoles nu-

statančios pirminės normos, suteikiami ir privatiems asmenims, ir pareigūnams. Kaip matėme, šie kriterijai gali įgyti bet kurią ar keletą iš daugelio įvairių formų – tai nuoroda į autoritetingą tekstą, į įstatymų leidybos aktą, į paprotinę praktiką, į tam tikrų konkrečių asmenų bendro pobūdžio sprendimus, į ankstesnius teismo sprendimus konkrečiose bylose. Labai paprastoje sistemoje, tokioje kaip IV skyriuje aprašytasis Rex I pasaulis, kuriame teisė yra tik tai, ką nustato Rex I, o jo paties legislatyvinei valdžiai nei paprotinė norma, nei konstitucinis dokumentas nenustato jokių teisinių apribojimų, vienintelis teisės identifikavimo kriterijus bus paprasta nuoroda į tą faktą, kad aktą išleido Rex I. Esant šią paprastą pripažinimo taisyklės formą įrodo bendroji normų identifikavimo pagal šį kriterijų praktika – ir pareigūnų, ir privačių asmenų. Šiuolaikinėje teisinėje sistemoje, pasižyminčioje teisės „šaltinių" įvairove, pripažinimo taisyklė yra atitinkamai sudėtingesnė: teisės identifikavimo kriterijų yra daug, ir jie paprastai apima rašytinę konstituciją, įstatymų leidybos institucijos išleistus aktus, taip pat teismo precedentus. Daugeliu atvejų yra nuostata dėl šių kriterijų išdėstymo pagal jų santykinę subordinaciją ir prioritetus, siekiant išvengti galimos jų kolizijos. Kaip tik šia prasme mūsų sistemoje „bendroji teisė" yra subordinuota „įstatymui".

Labai svarbu šį santykinį vieno kriterijaus *subordinavimą* kitam skirti nuo jų *kildinimo* vienas iš kito, nes dėl to, kad buvo supainiotos šios dvi idėjos, nepagrįstai buvo palaikoma pažiūra, kad visa teisė iš esmės ar „iš tikrųjų" yra įstatymų leidybos produktas (net ir tada, kai įstatymų leidėjas apskritai „tyli"). Mūsų šalies sistemoje paprotys ir precedentas yra subordinuoti įstatymui, nes įstatymu galima panaikinti paprotinės ir bendrosios teisės normų, kaip teisės, statusą. Kad ir koks nepatikimas būtų jų, kaip teisės, statusas, paprotys ir precedentas jį yra gavę ne „tyliu" legis-

latyvinių galių realizavimo aktu, bet dėl to, kad buvo akceptuota pripažinimo taisyklė, suteikianti šioms normoms nors ir subordinuotą, tačiau savarankišką vietą. Ir vėl, kaip ir paprastuoju atveju, esant šią sudėtingą pripažinimo taisyklę ir jai būdingą skirtingų kriterijų hierarchinę tvarką įrodo bendroji normų identifikavimo pagal šiuos kriterijus praktika.

Nors retkarčiais Anglijos teismai gali apskritai nurodyti santykinę vieno teisės kriterijaus vietą kito kriterijaus atžvilgiu, antai kai jie paskelbia, kad Parlamento aktai yra viršesni už kitus teisės šaltinius ar hipotetinius teisės šaltinius, kasdieniame teisinės sistemos gyvenime jos pripažinimo taisyklė labai retai atvirai formuluojama kaip norma. Dažniausiai pripažinimo taisyklė nėra suformuluojama, bet tai, kad ji yra, *parodo* tas būdas, kuriuo teismai arba kiti pareigūnai, arba privatūs asmenys, arba jų patarėjai identifikuoja konkrečias normas. Žinoma, yra skirtumas, ar šios normos suponuojamus kriterijus taiko teismai, ar kiti asmenys: kai teismai prieina tvirtą išvadą remdamiesi tuo, kad konkreti norma buvo teisingai identifikuota kaip teisė, tam, ką jie sako, kitos normos suteikia specialų autoritetingą statusą. Šiuo požiūriu, kaip ir daugeliu kitų, teisinės sistemos pripažinimo taisyklė yra panaši į žaidimo taškų skaičiavimo taisyklę. Bendra norma, apibrėžianti, kokie veiksmai yra įskaitomi kaip taškai (perbėgimai, įvarčiai ir t.t.), žaidime yra retai suformuluojama, tačiau pareigūnai ir žaidėjai *naudoja* šią normą, identifikuodami tam tikras fazes, kurios turi reikšmę siekiant pergalės. Ir čia pareigūnų (teisėjo ir taškų skaičiuotojo) sprendimai turi specialų autoritetingą statusą, kurį jiems suteikia kitos normos. Be to, abiem atvejais galimas konfliktas tarp šio autoritetingo normos taikymo ir visuotinio supratimo, ko reikalauja pati ši norma. Kaip pamatysime vėliau, vertinant šios rūšies normų sistemos buvimo faktą, į šią komplikaciją negalima neatsižvelgti.

Tai, kad teismai ir kiti subjektai, identifikuodami tam tikras sistemos normas, naudojasi nesuformuluotomis pripažinimo taisyklėmis, yra vidinio požiūrio požymis. Šitaip tie, kurie tokiu būdu naudojasi minėtomis taisyklėmis, parodo, kad jie patys jas akceptuoja kaip normas, kuriomis reikia vadovautis, o šią pažiūrą atspindi specifinė leksika, nebūdinga išorinį požiūrį išreiškiantiems posakiams. Tikriausiai pats paprasčiausias iš šių posakių yra toks: „Teisė nustato, kad ...“; šį posakį mes galime išgirsti ne tik iš teisėjų lūpų, jį vartoja ir eiliniai žmonės, gyvenantys tam tikros teisinės sistemos sąlygomis, kai jie identifikuoja tam tikrą šios sistemos normą. Kaip ir posakiai „užribis“ arba „įvartis“, tai yra kalba asmens, kuris įvertina situaciją nurodydamas normas, kurias jis drauge su kitais pripažįsta tinkamomis šiam tikslui. Šią pažiūrą, jog normos yra pripažįstamos bendrai, reikia skirti nuo kitos pažiūros, būdingos stebėtojui, *ab extra** fiksuojančiam faktą, kad socialinė grupė akceptuoja tokias normas, tačiau jis pats jų neakceptuoja. Šį išorinį požiūrį išreiškia ne būdingas posakis „Teisė nustato, kad ...“, bet „Anglijoje pripažįstama, jog teisė nustato, kad ..., jeigu Karalienė Parlamente nustato, kad ...“. Pirmąją iš šių posakių formų mes pavadinsime vidiniais teiginiais, nes ji atskleidžia vidinį požiūrį; ją natūraliai vartoja asmuo, akceptuojantis pripažinimo taisyklę ir, nekonstatuodamas jos akceptavimo fakto, taikantis šią taisyklę pripažįstant tam tikrą konkrečią sistemos normą galiojančia. Antrąją posakių formą mes pavadinsime *išoriniais teiginiais,* nes tai sistemos išoriniam stebėtojui, kuris pats neakceptuoja jos pripažinimo taisyklės, tačiau konstatuoja faktą, jog kiti ją akceptuoja, būdinga kalba.

Jeigu suprantamas šis akceptuotosios pripažinimo taisyklės vartojimas formuluojant vidinius teiginius ir jis nuo-

* Iš šalies *(lot.)*.

sekliai skiriamas nuo išorinio teiginio, konstatuojančio faktą, kad ši taisyklė yra akceptuota, išnyksta daugelis neaiškumų dėl teisinio „galiojimo" idėjos. Juk žodis „galiojantis" dažniausiai, nors ir ne visada, vartojamas tik šitokiuose vidiniuose teiginiuose, nesuformuluotą, bet akceptuotą pripažinimo taisyklę taikant konkrečiai teisinės sistemos normai. Pareikšti, jog ši norma galioja, tolygu pripažinti, jog ji išlaikė visus pripažinimo taisyklės jai pateiktus patikrinimus, taigi pripažinti ją sistemai priklausančia norma. Iš tikrųjų mes galime paprasčiausiai pasakyti, jog teiginys, kad tam tikra norma galioja, reiškia, kad ji atitinka visus pripažinimo taisyklės nustatytus kriterijus. Tai neteisinga tik ta prasme, kad gali užtemdyti tokių teiginių vidinį pobūdį; juk, kaip ir kriketo žaidėjų posakis „Užribis", šie teiginiai, kuriais konstatuojamas galiojimas, paprastai ne specialiai konstatuoja pripažinimo taisyklės atitikimą, bet taiko šią kalbančiojo ir kitų akceptuotą taisyklę konkrečiam atvejui.

Sakoma, jog kai kurie teisinio galiojimo idėjos keliami sunkumai susiję su teisės galiojimo ir jos „efektyvumo"* ryšiu. Jeigu „efektyvumas" reiškia tą faktą, kad tam tikro elgesio reikalaujančiai teisės normai dažniau paklūstama negu nepaklūstama, tai visiškai aišku, jog nėra jokio būtino ryšio tarp kokios nors konkrečios normos galiojimo ir *jos*

* Čia ir toliau Harto vartojamas terminas *efficacy* formaliai skiriasi nuo jam artimo termino *efficiency* (kurį Hartas irgi vartoja, bet kiek kitokiame kontekste). Abu šie terminai reiškia *efektyvumą,* tačiau *efficacy* yra toks efektyvumas, kuris „beveik būtinai" (bet netiesiogiai) numato (normos) formalų galiojimą; drauge jis nėra tolygus šiam formaliam galiojimui, kurį Hartas vadina *validity.* Tuo tarpu *efficiency* – tai „nuogas" *efektyvumas,* arba „tik" *efektyvumas,* arba tiesiog rezultatyvumas. Lietuviškojoje teisės terminijoje vartojamas teisės (arba normos) *efektyvumo* terminas paprastai žymi santykį tarp faktiškojo normos veikimo rezultato ir tikslo, kurio siekė įstatymų leidėjas šią normą išleisdamas, t.y. jis interpretuojamas tik vieno iš dviejų alternatyvių angliškųjų analogų – *efficiency* – prasme. Todėl *efektyvumo* terminas šiame vertime vartojamas su tam tikra išlyga, suteikiant jam ne tokią griežtą prasmę, kaip iki šiol įprasta lietuviškojoje teisės literatūroje.

efektyvumo, nebent šios sistemos pripažinimo taisyklės vienas iš kriterijų yra nuostata (kartais vadinama atgyvenimo taisykle), kad jokia norma neturi būti laikoma sistemai priklausančia norma, jeigu ji seniai nustojo būti efektyvi.

Nuo konkrečios normos galiojimui galinčio arba negalinčio atsiliepti jos neefektyvumo reikia skirti bendrą nepagarbą sistemos normoms. Ši nepagarba gali būti tokia visa apimanti ir tokia ilgalaikė, kad naują sistemą galima apibūdinti kaip niekuomet netapusią tam tikros grupės teisine sistema, o kadaise susiformavusią teisinę sistemą – kaip nustojusią būti grupės teisine sistema. Ir vienu, ir kitu atveju nėra normalaus konteksto, arba fono, reikalingo norint suformuluoti kokį nors normų sąvoka grindžiamą vidinį teiginį. Tokiais atvejais ir vertinti konkrečių asmenų teises ir pareigas remiantis sistemos pirminėmis normomis, ir vertinti kurios nors iš sistemos normų galiojimą remiantis šios sistemos pripažinimo taisyklėmis būtų *beprasmiška.* Reikalauti, kad būtų taikoma sistema normų, kurios arba niekuomet nebuvo efektyvios, arba kurių visi liovėsi paisę, būtų – išskyrus tam tikras ypatingas aplinkybes, kurias paminėsime vėliau – toks pat bergždžias dalykas, kaip vertinti žaidimo eigą remiantis taškų skaičiavimo taisykle, kuri niekuomet nebuvo akceptuota arba kurios nustota paisyti.

Galima sakyti, jog, formuluojant vidinį teiginį dėl sistemai priklausančios normos galiojimo, *daroma prielaida,* kad išorinis teiginys, bendrais bruožais konstatuojantis sistemos efektyvumo faktą, yra teisingas. Taip yra todėl, kad kaip tik šitokiame bendro efektyvumo kontekste vidinių teiginių vartojimas yra normalus dalykas. Tačiau būtų klaida sakyti, jog galiojimą konstatuojantys teiginiai „reiškia", kad sistema apskritai yra efektyvi. Juk nors kalbėti apie sistemai priklausančios niekuomet nesusiformavusios arba nebepaisomos normos galiojimą paprastai yra betikslis ir tuščias dalykas, vis dėlto šis užsiėmimas nėra beprasmiškas arba visuomet

betikslis. Yra toks vaizdingas romėnų teisės dėstymo būdas – kalbėti taip, *tarsi* sistema vis dar būtų efektyvi, aptarinėti konkrečių normų galiojimą ir jomis remiantis spręsti problemas; ir vienas iš būdų puoselėti viltis, jog bus restauruota revoliucijos sunaikinta senoji socialinė tvarka, o naujoji bus atmesta, yra ištikimybė senojo režimo teisinio galiojimo kriterijams. Tai nesvyruodami daro baltieji rusai, vis dar reikalaujantys nuosavybės pagal kažkokią paveldėjimo normą, kuri carinėje Rusijoje buvo galiojanti norma.

Normalaus kontekstinio ryšio tarp vidinio teiginio, kad konkreti sistemai priklausanti norma galioja, ir išorinio teiginio, bendrais bruožais konstatuojančio sistemos efektyvumo faktą, suvokimas padės mums teisingai įvertinti populiarią teoriją, teigiančią, jog konstatuoti normos galiojimą – tai numatyti, kad šios normos įgyvendinimą užtikrins teismai arba kad tam bus imtasi kokių nors kitų oficialių veiksmų. Daugeliu požiūrių ši teorija panaši į ankstesniame skyriuje mūsų aptartą ir atmestą prediktyvistinę prievolės analizę. Abiem atvejais šią prediktyvistinę teoriją generuoja tas pats motyvas – įsitikinimas, jog yra tik vienas būdas išvengti metafizinių interpretacijų: arba teiginys, kad norma galioja, turi suteikti jai kokią nors paslaptingą savybę, kurios neįmanoma nustatyti empirinėmis priemonėmis, arba šis teiginys turi numatyti būsimą pareigūnų elgesį. Teorijos įtikinamumą abiem atvejais lemia tas pats svarbus faktas: išorinio teiginio, konstatuojančio faktą, kurį gali fiksuoti stebėtojas, kad sistema apskritai yra efektyvi ir tikriausiai tokia bus ir toliau, teisingumą paprastai numato kaip prielaidą kiekvienas, kuris akceptuoja normas ir formuluoja vidinį teiginį dėl prievolės arba dėl galiojimo. Šiedu tikrai yra labai glaudžiai susiję. Pagaliau teorija abiem atvejais kartoja tą pačią klaidą: ji neigia vidinio teiginio specialų pobūdį ir traktuoja jį kaip išorinį teiginį dėl oficialaus veiksmo.

Nagrinėjant, kokią funkciją teismo sprendime atlieka paties teisėjo teiginys, kad konkreti norma galioja, ši klaida iškart tampa akivaizdi: juk nors čia teisėjas, formuluodamas tokį teiginį, taip pat daro prielaidą apie bendrą sistemos efektyvumą jo nekonstatuodamas, jam tiesiog nerūpi prognozuoti savo paties ar kitų oficialius veiksmus. Jo teiginys, kad norma galioja, yra vidinis teiginys, pripažįstantis, kad ši norma atitinka parametrus, leidžiančius identifikuoti, kas šio teisėjo teisme turi būti laikoma teise; šis teiginys – tai ne pranašavimas, bet jo sprendimo *pagrindo* dalis. Kai tai, kad norma galioja, teigia privatus asmuo, tvirtinimas, kad šis teiginys yra numatymas, yra labiau įtikinantis, nes kilus konfliktui tarp neoficialių teiginių dėl galiojimo arba negaliojimo ir bylą sprendžiančio teismo teiginių, visuomet yra rimtas pagrindas sakyti, kad pirmuosius teiginius reikia ignoruoti. Tačiau net ir šiuo atveju tikriausiai bus dogmatiška teigti, kad šis teiginys ignoruojamas kaip teiginys, kurio *klaidingumas* dabar jau įrodytas, nes jis neteisingai *numatė*, ką pasakys teismas; mes tuo įsitikinsime, VII skyriuje nagrinėdami tokių konfliktų tarp oficialių pareiškimų ir aiškių normų reikalavimų reikšmę. Mat yra ir daugiau priežasčių ignoruoti teiginius, ne tik tas faktas, kad jie klaidingi, ir daugiau požiūrių, kuriais teiginiai gali būti klaidingi, ne tik paminėtasis.

Pripažinimo taisyklė, nustatanti kriterijus, pagal kuriuos vertinamas kitų sistemos normų galiojimas, tam tikru svarbiu atžvilgiu, kurį mes dar pamėginsime paaiškinti, yra *svarbiausioji* norma; o kai, kaip paprastai būna, yra keletas kriterijų, išdėstytų pagal santykinę subordinaciją ir prioritetus, vienas iš jų yra *aukščiausiasis.* Šios mintys apie pripažinimo taisyklę kaip svarbiausiąją normą ir apie vieno iš jos kriterijų viršenybę nusipelno tam tikro dėmesio. Jas svarbu išpainioti iš mūsų atmestosios teorijos, teigiančios, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje, net jeigu ji slepiasi už teisinių

formų, turi būti suvereni legislatyvinė valdžia, kuriai nėra nustatyta jokių teisinių apribojimų.

Iš šių dviejų idėjų – aukščiausiojo kriterijaus ir svarbiausiosios normos – lengviau apibrėžti pirmąją. Galima sakyti, kad teisinio galiojimo kriterijus arba teisės šaltinis yra aukščiausias, jeigu juo remiantis identifikuotos normos pripažįstamos sistemai priklausančiomis normomis net ir tada, kai jos prieštarauja normoms, identifikuotoms remiantis kitais kriterijais, tuo tarpu šiais kriterijais remiantis identifikuotos normos nepripažįstamos sistemai priklausančiomis normomis, jeigu jos prieštarauja normoms, identifikuotoms remiantis aukščiausiuoju kriterijumi. Mūsų jau pavartotas „aukščiausiojo" ir „subordinuotojo" kriterijų sąvokas taip pat galima paaiškinti, pasitelkus tokį palyginimą. Aišku, kad aukščiausiojo ir aukštesniojo kriterijų sąvokos paprasčiausiai nurodo jų *santykinę* vietą skalėje, bet ne teigia kokios nors teisiškai *neribotos* legislatyvinės valdžios idėją. Tačiau sąvokas „aukščiausiasis" ir „neribotas" lengva supainioti – bent jau teisės teorijoje. Viena iš tokio supainiojimo priežasčių yra tai, kad paprastesnėse teisinės sistemos formose svarbiausiosios normos – pripažinimo taisyklės, aukščiausiojo kriterijaus ir teisiškai neapribotos įstatymų leidybos institucijos idėjos tarsi susilieja. Juk ten, kur yra konstitucijos neapribota įstatymų leidybos institucija, kompetentinga savo aktu panaikinti visų kitų teisės normų, kildinamų iš kitų teisės šaltinių, kaip teisės statusą, tokioje sistemoje sudedamoji pripažinimo taisyklės dalis yra tai, kad aukščiausiasis galiojimo kriterijus yra įstatymų leidybos institucijos valios pareiškimas. Konstitucinės teorijos požiūriu, taip yra Jungtinėje Karalystėje. Bet netgi tokiose sistemose, kaip Jungtinių Valstijų, kuriose nėra tokios teisiškai neapribotos įstatymų leidybos institucijos, kuo puikiausiai gali būti svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė, nustatanti aibę galiojimo kriterijų, iš kurių vienas yra aukščiausiasis.

Taip bus ten, kur reguliarios įstatymų leidybos institucijos* legislatyvinę kompetenciją apriboja konstitucija, nesuteikianti jai galios keisti konstituciją arba nustatanti šiai galiai tam tikras išlygas. Čia, net jei terminą „įstatymų leidybos institucija" aiškinsime kuo plačiausiai, nėra įstatymų leidybos institucijos, kuriai nebūtų nustatyta teisinių apribojimų; ir vis dėlto, be jokios abejonės, sistemoje yra svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė, o jos konstitucijos klauzulėse – aukščiausiasis galiojimo kriterijus.

Kokia prasme pripažinimo taisyklė yra sistemos svarbiausioji norma, geriausiai galima suprasti laikantis tokios gerai pažįstamos teisinio mąstymo sekos. Jeigu kyla klausimas, ar tam tikra norma teisiškai galioja, norint į jį atsakyti reikia naudotis galiojimo kriterijumi, kurį pateikia kokia nors kita norma. Ar tam tikras Oksfordširo grafystės poįstatyminis aktas galioja? Taip, nes jis buvo išleistas realizuojant galias, suteiktas sveikatos ministro įsaku, ir laikantis nustatytos procedūros. Šiame pirmajame etape minėtasis įsakas pateikia kriterijus, kuriais remiantis galima įvertinti poįstatyminio akto galiojimą. Eiti toliau gali nebūti jokio praktinio poreikio, tačiau visuomet yra galimybė tai daryti. Mes galime suabejoti įsako galiojimu ir šį galiojimą patikrinti remdamiesi įstatymu, įgalinančiu ministrą leisti tokius įsakus. Pagaliau, kai suabejojama įstatymo galiojimu ir jis įvertinamas remiantis norma, kad tai, ką nustato Karalienė Parlamente, yra teisė, mūsų abejonės dėl galiojimo baigiasi: mes jau radome normą, kuri, kaip ir tarpinės grandys, įsakas ir įstatymas, nustato kitų normų galiojimo įvertinimo

* *Reguliari įstatymų leidybos institucija* – faktiškai bet kokia įstatymų leidybos institucija, ir nuolat funkcionuojanti, ir kartkartėmis sušaukiama aukštesniojo suvereniteto subjekto (pavyzdžiui, monarcho), ir numatyta konstitucijoje, ir joje nenumatyta, bet veikianti pagal tradiciją. Šis terminas neapima tik tų įstatymų leidybos institucijų, kurios sušaukiamos specialiam klausimui nagrinėti (pavyzdžiui, konventų siauraja šio termino prasme, žr. išnašą p. 149–150).

kriterijus; tačiau ji nepanaši į juos, nes nėra jokios normos, pateikiančios kriterijus, kuriais remiantis galima būtų patikrinti jos pačios teisinį galiojimą.

Apie šią svarbiausiąją normą tikrai galima būtų daug ko paklausti. Galima paklausti, ar Anglijoje iš tikrųjų susiklostė tokia praktika, kad teismai, įstatymų leidybos institucijos, pareigūnai arba privatūs piliečiai iš tikrųjų taiko šią normą kaip svarbiausiąją normą – pripažinimo taisyklę. O galbūt mūsų teisinio mąstymo procesas buvo tik tuščias žaidimas šiuo metu jau atmestos teisinės sistemos galiojimo kriterijais? Galima paklausti, ar pakanka tokios teisinės sistemos formos, kurios pagrindas yra šitokia norma? Ar ji duoda daugiau gero negu blogo? Ar yra proto padiktuotų priežasčių, dėl kurių ją būtų galima palaikyti? Ar yra moralinė prievolė tai daryti? Aišku, tai labai svarbūs klausimai; bet lygiai taip pat aišku, kad, keldami juos dėl pripažinimo taisyklės, mes daugiau nemėginame į tokio paties tipo klausimą apie pripažinimo taisyklę atsakyti taip pat, kaip remdamiesi ja atsakėme į klausimus apie kitas normas. Kai nuo pasakymo, kad tam tikras aktas galioja, nes jis atitinka normą, pagal kurią tai, ką nustato Karalienė Parlemente, yra teisė, mes pereiname prie pasakymo, kad Anglijoje teismai, pareigūnai ir privatūs asmenys šia norma remiasi kaip svarbiausiąja norma – pripažinimo taisykle, tai yra perėjimas nuo vidinio teisę konstatuojančio teiginio, tvirtinančio galiojant sistemos normą, prie išorinio faktą konstatuojančio teiginio, kurį galėtų suformuluoti sistemos stebėtojas, net jeigu jis pats šios sistemos ir neakceptuoja. Lygiai taip pat pereidami nuo teiginio, jog tam tikras aktas galioja, prie teiginio, jog sistemos pripažinimo taisyklė yra puiki norma, o ja grindžiama sistema verta paramos, mes pereiname nuo teisinį galiojimą konstatuojančio teiginio prie vertybinio teiginio.

Kai kurie autoriai, pabrėžiantys didžiausią pripažinimo taisyklės teisinę svarbą, šias savo mintis išsakė taip: kitų sistemai priklausančių normų teisinį galiojimą galima pademonstruoti remiantis pripažinimo taisykle, tuo tarpu jos pačios galiojimo pademonstruoti negalima – jį galima tik „tarti esant" arba „postuluoti", arba jis yra „hipotezė". Tačiau tai gali labai suklaidinti. Iš tikrųjų kasdieniame teisinės sistemos gyvenime teisėjų, advokatų arba eilinių piliečių formuluojami teiginiai dėl atskirų normų teisinio galiojimo susiję su tam tikromis prielaidomis. Tai yra vidiniai teisę konstatuojantys teiginiai, išreiškiantys sistemos pripažinimo taisyklę akceptuojančiųjų požiūrį, ir, būdami tokie, jie palieka nesuformuluota daug ką iš to, kas galėtų būti pasakyta faktus apie sistemą konstatuojančiuose išoriniuose teiginiuose. Tai, kas lieka nepasakyta, sudaro teiginių dėl teisinio galiojimo įprastinį foną, arba kontekstą, todėl yra sakoma, jog šie teiginiai tai „numato kaip prielaidą". Tačiau svarbu aiškiai įsivaizduoti, kas yra šie numanomi dalykai, ir nesukelti neaiškumų dėl jų turinio. Jie susideda iš dviejų dalykų. Pirma, asmuo, rimtai teigiantis, jog tam tikra teisės (tarkime, konkretaus įstatymo) norma galioja, pats naudojasi pripažinimo taisykle, kurią jis akceptuoja kaip tinkamą identifikuoti teisei. Antra, taip jau yra, kad šią pripažinimo taisyklę, kuria remdamasis jis vertina konkretaus įstatymo galiojimą, akceptuoja ne tik jis, – tai yra pripažinimo taisyklė, kuri yra akceptuota ir kuria apskritai funkcionuodama naudojasi sistema. Jeigu šios prielaidos teisingumu būtų abejojama, ją galėtų patvirtinti nuoroda į realią praktiką – kaip teismai identifikuoja tai, ką reikia laikyti teise, ir kad šios identifikacijos yra visuotinai akceptuojamos arba joms – nors ir nenoromis – paklūstama.

Nė vienos iš šių dviejų prielaidų jokiu būdu negalima apibūdinti kaip „galiojimo", kurio neįmanoma pademonstruoti, „numanymo". Atsakant į klausimus, kylančius normų

sistemos *viduje,* kur normos, kaip sistemos sudedamosios dalies, statusas priklauso nuo to, ar ji atitinka tam tikrus pripažinimo taisyklės nustatytus kriterijus, mums reikia tik žodžio „galiojimas“, ir paprastai mes tik šiuo atveju jį ir vartojame. Tokio klausimo negali kilti dėl pačios šiuos kriterijus nustatančios pripažinimo taisyklės galiojimo; ji negali nei galioti, nei negalioti, bet yra paprasčiausiai akceptuojama kaip tinkama naudoti tokiais atvejais. Šį paprastą faktą išreikšti miglotu posakiu, esą jos galiojimą galima „numanyti, bet jo negalima pademonstruoti“, – tolygu pasakyti, jog mes numanome tačiau negalime pademonstruoti, kad Paryžiuje esantis metro etalonas – visų matavimų metrais teisingumo svarbiausiasis matas – pats yra teisingas.

Rimtesnis priekaištas – kad kalbos apie „numanymą“, jog svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė galioja, paslepia antrosios prielaidos, kuria grindžiami teisininkų teiginiai apie galiojimą, iš esmės faktinį pobūdį. Be abejo, teisėjų, pareigūnų ir kitų asmenų praktika, kuri ir yra tikroji pripažinimo taisyklės būtis, yra sudėtinga. Kaip pamatysime vėliau, ištiesbūna situacijų, kai negalima aiškiai ir griežtai atsakyti, koks yra konkretus šitokios normos turinys ir sritis, ir net ar ji apskritai yra. Vis dėlto tokios normos „galiojimo numanymą“ svarbu skirti nuo jos „buvimo prielaidos“, antraip bus neaišku, ką reiškia teiginys, jog tokia norma *yra*.

Ankstesniame skyriuje pavaizduotoje paprastoje pirminių prievoles nustatančių normų sistemoje tvirtinimas, kad konkreti norma yra, gali būti tik toks išorinis faktą konstatuojantis teiginys, kurį galėtų suformuluoti normų neakceptuojantis stebėtojas ir kurį jis galėtų verifikuoti išsiaiškindamas, ar tam tikras elgesio modelis yra visuotinai akceptuojamas kaip standartas ir ar jam būdingi tie požymiai, kuriais, kaip mes matėme, socialinė norma skiriasi nuo to, kas yra tiesiog panašūs įpročiai. Kaip tik šitokiu būdu mes dabar

turėtume aiškinti ir verifikuoti teiginį, jog Anglijoje yra norma – nors ir ne teisės norma, – reikalaujanti, kad įeidami į bažnyčią nusiimtume kepures. Jeigu dabartinėje socialinės grupės praktikoje galima aptikti tokių normų kaip minėtosios, nereikia aptarinėti jokio atskiro jų galiojimo klausimo, nors, žinoma, galima kvestionuoti šių normų vertingumą arba pageidaujamumą. Jeigu jau yra nustatytas šių normų buvimo faktas, teigdami arba neigdami, kad jos galioja, arba sakydami, kad jų galiojimą „mes numanome", bet negalime jo pademonstruoti, mes tik viską supainiotume. Kita vertus, ten, kur, kaip brandžioje normų sistemoje, yra normų sistema, apimanti pripažinimo taisyklę, taigi normos, kaip sistemos dalies, statusas dabar priklauso nuo to, ar ji atitinka tam tikrus pripažinimo taisyklės nustatytus kriterijus, žodis „būti" imamas vartoti kitokia prasme. Teiginys, jog norma yra, dabar jau gali nebebūti tuo, kuo jis buvo paprastu paprotinių normų atveju, – išoriniu teiginiu, konstatuojančiu *faktą,* kad tam tikras elgesio modelis buvo visuotinai akceptuotas kaip praktikos standartas. Dabar tai gali būti vidinis teiginys, taikantis akceptuotą, bet nesuformuluotą pripažinimo taisyklę ir reiškiantis (apytikriai) „galioja pagal sistemos galiojimo kriterijus", bet ne daugiau. Tačiau šiuo požiūriu, kaip ir kitais, pripažinimo taisyklė yra nepanaši į kitas šiai sistemai priklausančias normas. Tvirtinimas, jog ji yra, gali būti tik išorinis faktą konstatuojantis teiginys. Juk subordinuotoji sistemos norma gali galioti ir šia prasme „būti" net ir tuo atveju, jeigu jos visuotinai nepaisoma, tuo tarpu pripažinimo taisyklė yra tik kaip kompleksiška, tačiau paprastai harmoninga teismų, pareigūnų ir privačių asmenų praktika, kai jie identifikuoja teisę remdamiesi tam tikrais kriterijais. Jos buvimo klausimas – tai fakto klausimas.

2. Nauji klausimai

Kai tik mes atsisakome požiūrio, kad teisinės sistemos pagrindas yra įprotis paklusti suverenui, kuriam nėra nustatyta jokių teisinių apribojimų, ir pakeičiame šį požiūrį svarbiausiosios normos – pripažinimo taisyklės, suteikiančios normų sistemai jos galiojimo kriterijus, koncepcija, mus užgriūva daugybė nuostabių ir svarbių klausimų. Tai palyginti nauji klausimai; kadangi jurisprudencija ir politikos teorija ilgą laiką buvo atsidavusios seniesiems mąstymo būdams, šie klausimai buvo lyg ir nepastebimi. Be to, tai sunkūs klausimai, reikalaujantys išsamaus atsakymo: viena vertus, reikia suprasti kai kuriuos pamatinius konstitucinės teisės dalykus, kita vertus, reikia suvokti tą savitą būdą, kuriuo teisinės formos gali tyliai mainytis ir keistis. Todėl šiuos klausimus mes nagrinėsime tik tiek, kiek jie išmintingai ar neišmintingai kartoja mūsų jau išsakytą mintį, jog atskleidžiant teisės sampratą svarbiausią vaidmenį vaidina pirminių ir antrinių normų junginys.

Pirmasis sunkumas yra susijęs su klasifikavimu; juk norma, kuri galiausiai naudojama identifikuojant teisę, išvengia konvencionalių kategorijų, vartojamų apibūdinant teisinę sistemą, nors šios kategorijos dažnai laikomos išsamiomis. Antai apie konstituciją rašę Anglijos autoriai nuo Dicey* laikų paprastai kartodavo teiginį, kad Jungtinės Karalystės konstituciniai mechanizmai susideda iš dalies iš įstatymų griežtąja šio termino prasme (įstatymų, vyriausybės

* *Albertas Vennas Dicey* – vienas žymiausių Anglijos (XIX a. pab. – XX a. pr.) teisės mokslininkų, šiuolaikinės konstitucinės teisės doktrinos kūrėjas, valstybės teoretikas ir vienas teisės sociologijos pradininkų. Teisinės ideologijos ir teisinės politikos požiūriu ypač reikšminga jo teisinės valstybės *(rule of law)* koncepcija. Iš jo žymiausių veikalų paminėtini: *Konstitucijos teisės studijų įvadas* (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885); *Paskaitos apie teisės ir viešosios nuomonės santykį Anglijoje devynioliktame amžiuje* (*Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, 1905).

dekretų ir precedentuose įkūnytų normų), o iš dalies iš konvencijų, kurios yra viso labo tik tradicijos, susitarimai arba papročiai. Pastaroji grupė apima svarbias normas, pavyzdžiui, kad Karalienė negali atsisakyti pritarti Perų ir Bendruomenių rūmų nustatyta tvarka priimtam įstatymui; tačiau Karalienei nėra nustatyta jokios teisinės pareigos pritarti šiam įstatymui, todėl tokios normos vadinamos konvencijomis, nes teismai nepripažįsta, kad jos nustato teisinę pareigą. Tiesą sakant, norma, kad tai, ką nustato Karalienė Parlamente, yra teisė, nepatenka nė į vieną iš šių kategorijų. Tai nėra konvencija, nes teismai yra itin glaudžiai su ja susiję ir naudojasi ja identifikuodami teisę; bet tai nėra ir to paties lygio norma kaip „įstatymai griežtąja šio termino prasme", kuriuos identifikuojant ji yra naudojama. Net jeigu ji būtų priimta įstatymo, tai jos nenužemintų iki įstatymo lygio; juk tokio akto teisinis statusas būtinai priklausys nuo to fakto, kad norma egzistavo dar prieš išleidžiant šį aktą ir nuo jo nepriklausė. Be to, kaip buvo parodyta ankstesniame skirsnyje, jos buvimą, ne taip, kaip įstatymo, įkūnija reali praktika.

Šis dalyko aspektas kai kuriuos priverčia iš nevilties sušukti: tai kaip mes galime įrodyti, kad konstitucijos pamatinės nuostatos, kurios, be jokios abejonės, yra teisė, iš tikrųjų yra teisė? Kai kas į šį klausimą atsako, kad teisinių sistemų pagrindas yra kažkas, kas yra „ne-teisė", „ikiteisė", „metateisė" arba tiesiog „politinis faktas". Šie keblumai – tai aiškus ženklas, jog kategorijos, vartojamos apibūdinti šiam svarbiausiajam bet kurios teisės sistemos bruožui, yra pernelyg nebrandžios. Pripažinimo taisyklę pavadinant „teise", galima remtis tokiu argumentu: norma, nustatanti kriterijus, pagal kuriuos identifikuojamos kitos sistemai priklausančios normos, tikrai gali būti laikoma konstituojančiu teisinės sistemos požymiu, todėl pati ši norma nusipelno būti vadinama „teise"; pripažinimo taisyklę pavadinant „fak-

tu“, galima remtis tokiu argumentu: konstatuoti šitokios normos buvimą tolygu suformuluoti išorinį teiginį, konstatuojantį tikrą faktą apie „efektyviai“ sistemai priklausančių normų identifikavimo būdą. Abu šie aspektai nusipelno dėmesio, bet mes negalime jų abiejų deramai įvertinti, pasirinkdami vieną iš etikečių – „teisė“ arba „faktas“. Vietoj to mums reikia prisiminti, jog į svarbiausiąją normą – pripažinimo taisyklę galima žvelgti dviem požiūriais: pirmąjį išreiškia išorinis teiginys, konstatuojantis normos buvimo konkrečioje sistemos praktikoje faktą; antrąjį požiūrį išreiškia vidiniai teiginiai dėl galiojimo, formuluojami tų, kurie šią normą naudoja identifikuodami teisę.

Antroji grupė klausimų kyla dėl tvirtinimui, kad tam tikra teisinė sistema *egzistuoja* tam tikroje šalyje ar tam tikroje socialinėje grupėje, būdingo iš pirmo žvilgsnio nepastebimo sudėtingumo ir neapibrėžtumo. Tai tvirtindami mes iš tikrųjų glaustai, koncentruotai nurodome daugelį įvairių socialinių faktų, paprastai vienalaikių. Klaidingos teorijos prieglobstyje išplėtota įprastinė teisinės ir politinės minties terminija yra linkusi pernelyg supaprastinti faktus, o jų prasmę padaryti neaiškią. Tačiau nusiėmę šios terminijos mums uždėtus akinius ir pažvelgę į faktus, mes aiškiai matome, kad teisinė sistema, kaip ir žmogus, vienu metu gali būti dar negimusi, kitu – dar nevisiškai nepriklausoma nuo savo motinos, vėliau naudotis sveikos ir nepriklausomos egzistencijos teikiamomis galimybėmis, dar vėliau – nykti ir pagaliau mirti. Šie pusiaukelę tarp gimimo ir normalios nepriklausomos egzistencijos, tarp normalios nepriklausomos egzistencijos ir mirties žymintys etapai sujaukia tą mums jau įprastą tvarką, kurios laikantis apibūdinami teisiniai reiškiniai. Šie dalykai tikrai daug ką apsunkina, bet juos panagrinėti verta, nes jie reljefiškai pademonstruoja, koks sudėtingas yra tas reiškinys, kurį mes laikėme savaime suprantamu dalyku, kai, kalbėdami apie tipišką atvejį, įsitikinę

ir teisingai teigėme, kad tam tikroje šalyje egzistuoja teisinė sistema.

Vienas būdas, kuriuo galima įsitikinti šio dalyko sudėtingumu, – tiesiog pažiūrėti, kokiais atžvilgiais paprasta Austino sukonstruota visuotinio įpročio paklusti įsakymams formulė nebesugeba atgaminti sudėtingų faktų, apibūdinančių minimalias sąlygas, kurias turi atitikti siekianti turėti teisinę sistemą visuomenė, arba juos iškraipo. Tarkime, jog ši formulė numato vieną būtiną sąlygą – kad ten, kur įstatymai nustato prievoles arba pareigas, jiems turi būti visuotinai paklūstama ar bent jau neturi būti visuotinai nepaklūstama. Bet nors tai ir yra esminė sąlyga, ji tinka tik tam, ką galime pavadinti teisinės sistemos „galutiniu produktu", kur ji daro poveikį privatiems asmenims; tačiau kasdienis teisinės sistemos buvimas taip pat apima ir oficialų teisės kūrimą, jos oficialų identifikavimą ir jos oficialų naudojimą bei taikymą. Šių dalykų ryšį su teise galima būtų vadinti „paklusimu" tik tokiu atveju, jeigu taip išplėstume šio žodžio įprastinę prasmę, kad jis nebeįstengtų informatyviai apibūdinti šių operacijų. Įstatymų leidėjai, kai jie leisdami įstatymus laikosi jiems legislatyvines galias suteikiančių normų, jokia įprasta žodžio „paklusti" prasme šioms normoms nepaklūsta, išskyrus, žinoma, tuos atvejus, kai šias galias suteikiančias normas įtvirtina kitos normos, nustatančios pareigą elgtis taip, kaip reikalauja šios pirmosios normos. Lygiai taip pat šių normų nesilaikymas, kai įstatymų leidėjai neišleidžia jokio įstatymo, nėra „nepaklusimas" šioms normoms. Be to, žodis „paklusti" aiškiai neapibūdina to, ką daro teisėjai, taikantys sistemos pripažinimo taisyklę ir pripažįstantys įstatymą galiojančia teise bei naudojantys jį sprendžiant ginčus. Žinoma, yra daug būdų, kuriais mes, jau atsižvelgdami į nurodytas aplinkybes, galime išsaugoti šią paprastą terminiją ir toliau vartoti žodį „paklusimas". Vienas iš šių būdų – tokius atvejus, kai, pavyzdžiui, teisėjai,

pripažindami įstatymą, taiko bendruosius galiojimo kriterijus, laikyti paklusimu „konstitucijos kūrėjų“ įsakymams arba (kai nėra „kūrėjų“) paklusimu „depsichologizuotai komandai“, t.y. komandai be komanduotojo. Tačiau pastarajam sumanymui mes tikriausiai neturėtume skirti daugiau dėmesio, negu sūnėno be dėdės sąvokai. Arba galima pasirinkti kitokį būdą: visiškai nekreipti dėmesio į pareigūnų poziciją teisės atžvilgiu ir, užuot stengusis kaip nors apibūdinti normų panaudojimą leidžiant įstatymus bei sprendžiant bylas, į visą oficialųjį pasaulį žiūrėti kaip į vieną asmenį („suvereną“), duodantį įsakymus per įvairius atstovus arba jo valios skelbėjus, kuriems piliečiai iš įpročio paklūsta. Bet ir ši konstrukcija yra ne kas kita, kaip patogus paviršutiniškas sudėtingų faktų, kuriuos vis tiek dar reikės apibūdinti, užfiksavimas, arba visiškai nevykusios ir painios alegorijos pavyzdys.

Konstatavus, jog bandymas teisinės sistemos egzistavimo faktą paaiškinti remiantis patogia ir nesudėtinga paprastų piliečių santykiui su teise iš tikrųjų būdingo (tačiau ne visada šį santykį išsamiai apibūdinančio) paklusimo iš įpročio sąvoka buvo nesėkmingas, natūralu bandyti šios nesėkmės išvengti darant priešingą klaidą. Šios klaidos esmė yra tokia: konstatuojama tai, kas yra būdinga (nors būdinga yra ne tik tai) pareigūnų veiklai, ypač teisėjų požiūriui į teisę ar jų santykiui su teise, ir šitai laikoma adekvačiu to, kas turi būti teisinę sistemą turinčioje socialinėje grupėje, paaiškinimu. Taip paprasta koncepcija, teigianti, jog didžiuma visuomenės paklūsta teisei iš įpročio, pakeičiama koncepcija, teigiančia, jog dauguma visuomenės narių bendrai išpažįsta, akceptuoja arba laiko juos įpareigojančia svarbiausiąją normą – pripažinimo taisyklę, nustatančią kriterijus, pagal kuriuos galiausiai įvertinamas įstatymų galiojimas. Žinoma, galima, kaip buvo padaryta III skyriuje, įsivaizduoti paprastą visuomenę, kurioje yra plačiai pasklidęs

teisės šaltinių žinojimas ir supratimas. Tokios visuomenės „konstitucija" buvo tokia paprasta, kad, jos žinojimą ir akceptavimą priskiriant ne tik pareigūnams ir teisininkams, bet ir eiliniams piliečiams, nereikėjo griebtis jokių fikcijų. Visiškai galėjome pasakyti, kad paprastame Rex I pasaulyje buvo kur kas daugiau, negu tik didžiosios gyventojų daugumos paklusimas jo žodžiams iš įpročio. Visiškai gali būti, jog ten ir didžioji gyventojų dauguma, ir pareigūnai taip pat aiškiai ir sąmoningai „akceptavo" pripažinimo taisyklę, nustatančią, kad Rex žodis yra visai visuomenei galiojančios teisės kriterijus, nors valdiniai ir pareigūnai turėjo atlikti skirtingus vaidmenis ir buvo skirtingai susiję su pagal šį kriterijų identifikuotomis teisės normomis. Kategoriškai tvirtinti, kad tokia padėtis, kurią galima įsivaizduoti esant paprastoje visuomenėje, visada ar paprastai būna ir sudėtingoje šiuolaikinėje valstybėje, tolygu kategoriškai teigti fikcijos realumą. Čia, be jokios abejonės, iš tikrųjų susiklosto tokia situacija, kad didelė eilinių piliečių dalis – galbūt dauguma – neturi teisinės struktūros ar jos galiojimo kriterijų bendros sampratos. Teisė, kuriai pilietis paklūsta, yra kažkas, ką jis tik žino esant „teisę". Jis gali jai paklusti dėl daugybės įvairiausių priežasčių, kurių viena dažnai, nors ir ne visuomet, gali būti žinojimas, kad taip jam pačiam bus geriau. Jis bendrais bruožais žinos tikėtinas nepaklusimo pasekmes: kad yra pareigūnai, galintys jį areštuoti, taip pat kiti asmenys, galintys jį patraukti teisminėn atsakomybėn ir įkalinti už įstatymo sulaužymą. Aišku, kad tol, kol didžioji gyventojų dauguma paklūsta pagal sistemos galiojimo kriterijus galiojantiems įstatymams, norint nustatyti konkrečios teisinės sistemos buvimo faktą, nereikia jokių kitų įrodymų.

Bet jau vien dėl to, kad teisinė sistema yra sudėtingas pirminių ir antrinių normų junginys, norint apibūdinti realioje teisinėje sistemoje susiklostančius santykius su teise,

vien tik šio įrodymo neužtenka. Be šio įrodymo, dar reikia teisingai apibūdinti tinkamą sistemos pareigūnų santykį su antrinėmis normomis, į kurias jie žiūri kaip pareigūnai. Šiuo atveju lemiamą reikšmę turi būtent tai, kad turi būti vieningas arba bendrai išpažįstamas sistemos galiojimo kriterijus nustatančios pripažinimo taisyklės oficialus akceptavimas. Bet kaip tik čia nebetinka paprasta visuotinio paklusimo idėja, eilinių piliečių atveju adekvačiai apibūdinusi privalomąjį minimumą. Problema nėra ar yra ne tik „lingvistinė" – kad, kalbant apie teismų ir kitų pareigūnų požiūrį į šias antrines normas būtent kaip į normas, vartoti žodį „paklusimas" nėra natūralu. Jeigu būtų reikalas, galima būtų rasti platesnę reikšmę turinčių posakių, kaip antai „vykdyti", „laikytis" arba „elgtis pagal", kuriais galima būtų apibūdinti ir tai, ką teisės atžvilgiu daro eiliniai piliečiai, atvykstantys į karo tarnybą, ir tai, ką daro teisėjai, kurie, vadovaudamiesi tuo, kad tai, ką nustato Karalienė Parlamente, yra teisė, savo teismuose konkretų įstatymą identifikuoja kaip teisę. Tačiau šie blanketiniai terminai tik užmaskuoja tuos esminius skirtumus, kuriuos būtina suvokti, norint suprasti, kokios yra tos minimalios sąlygos, būtinos sudėtingo socialinio reiškinio, mūsų vadinamo teisine sistema, egzistavimui.

„Paklusimo" sąvoka netinka apibūdinti tam, ką daro įstatymų leidėjai, elgdamiesi pagal jiems galias suteikiančias normas, ir tam, ką daro teismai, taikydami akceptuotą svarbiausiąją normą – pripažinimo taisyklę, – kai paklūstama normai (arba įsakymui), visiškai nėra *reikalo,* kad paklūstantysis asmuo manytų, jog tai, ką jis daro, ir yra tai, ką ir jis pats, ir kiti turi daryti; nėra jokio reikalo, kad į tai, ką daro, jis pats žiūrėtų kaip į elgesio modelį kitiems socialinės grupės nariams. Jis neturi į savo elgesį pagal normas žiūrėti kaip į „teisingą", „tinkamą" arba „privalomą". Kitaip tariant, jo požiūriui neturi būti būdingas tas kritišku-

mas, kuris reiškiasi tada, kai akceptuojamos socialinės normos ir tam tikri elgesio tipai traktuojami kaip visuotiniai standartai. Jis gali išpažinti tą patį vidinį požiūrį ir akceptuoti normas kaip standartus visiems, kam jos yra taikomos, bet tai nėra būtina. Vietoj to jis gali į normą žiūrėti tik kaip į tai, kas reikalauja, kad *jis* atliktų tam tikrą veiksmą, ir grasina bausme, jeigu jis to nepadarytų; jis gali paklusti normai dėl to, kad bijo pasekmių, arba iš inercijos, negalvodamas apie save arba apie kitus kaip apie turinčius prievolę tai daryti ir neketindamas dėl nukrypimų kritikuoti nei savęs, nei kitų. Tačiau teismų požiūrio į normas, kuriomis jie operuoja būtent kaip teismai, negalima apibūdinti minėtuoju grynai asmeniniu santykiu su normomis, *galinčiu* – nes jo visiškai pakanka – su jomis sieti eilinį šioms normoms paklūstantį pilietį. Aiškiausias pavyzdys čia yra svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė, pagal kurią nustatomas kitų normų galiojimas. Jeigu ši norma apskritai yra, į ją reikia žiūrėti vadovaujantis vidiniu požiūriu kaip į viešą, bendrą teisingo teismo sprendimo modelį, o ne tik kaip į tai, kam kiekvienas teisėjas paklūsta tik pats atskirai. Nors atskiri sistemos teismai kartkartėmis gali nukrypti nuo šių normų, jie apskritai turi kritiškai žiūrėti į tokius nukrypimus kaip į nusižengimus iš esmės bendriems arba viešiems standartams. Tai ne tik teisinės sistemos efektyvumo arba jos sveikumo klausimas, bet būtina sąlyga, kuriai esant galima kalbėti apie vieningos teisinės sistemos egzistavimą. Teisinei sistemai būdingas vieningumas ir jos tęstinumas dingtų, jeigu tik kai kurie teisėjai ir „tik patys atskirai" veiktų vadovaudamiesi nuostata, kad tai, ką nustato Karalienė Parlamente, yra teisė, bet nekritikuotų tų, kurie šios pripažinimo taisyklės nepaiso. Juk šitai priklauso nuo to, ar šiuo lemiamu momentu yra akceptuojami bendri teisinio galiojimo standartai. Būtų išties keblu apibūdinti situaciją, kuri susidarytų intervale tarp šių teisėjų elgesio kaprizų ir

eiliniam žmogui susidūrus su priešingais teismų įsakymais neišvengiamai kilsiančio chaoso. Tokiu atveju mes susidurtume su *lusus naturae**, apie kurią verta galvoti jau vien todėl, jog ji primygtinai įspėja mus apie tai, kas dažnai būna pernelyg akivaizdu, kad būtų pastebėta.

Taigi tam, kad egzistuotų teisinė sistema, yra būtinos ir pakankamos dvi minimalios sąlygos. Turi būti visuotinai paklūstama toms elgesio normoms, kurios galioja pagal sistemos svarbiausiuosius galiojimo kriterijus; kita vertus, jos pripažinimo taisyklės, nustatančios teisinio galiojimo kriterijus, bei jos keitimo ir bylų sprendimo taisyklės turi būti iš tikrųjų akceptuojamos kaip bendri viešieji pareigūnų oficialaus elgesio standartai. Pirmoji sąlyga yra vienintelė sąlyga, kurią *turi* atitikti privatūs piliečiai: nors sveikoje visuomenėje jie iš tikrųjų dažnai akceptuos šias normas kaip bendrus elgesio standartus ir pripažins prievolę jiems paklusti arba netgi įžvelgs šios prievolės ryšį su bendresne prievole gerbti konstituciją, tačiau šiaip jau privatūs piliečiai gali paklusti tik kiekvienas „pats atskirai" ir dėl bet kokių motyvų. Antrąją sąlygą turi atitikti dar ir sistemos pareigūnai. Jie turi žiūrėti į šias taisykles kaip į bendruosius oficialaus elgesio standartus ir kritiškai vertinti savo pačių ir vienas kito nukrypimus kaip nusižengimus. Žinoma, tai tiesa, kad, be šių taisyklių, bus daug pirminių normų, taikytinų pareigūnams jau tik kaip privatiems asmenims, kurioms jie turi tik paklusti.

Taigi tvirtinimas, kad teisinė sistema egzistuoja, – tai dviveidis Janas: šis teiginys žiūri ir to, ar paklūsta eiliniai piliečiai, ir to, ar pareigūnai akceptuoja antrines normas kaip svarbiausiuosius bendruosius oficialaus elgesio standartus. Šis dualizmas neturėtų stebinti. Palyginti su paprastesniąja decentralizuota ikiteisine vien tik iš pirminių normų susidedančia socialinės struktūros forma, šis dualizmas

* Gamtos išdaiga *(lot.)*.

tik atspindi sudėtingą teisinės sistemos pobūdį. Dėl to, kad paprastesnėje struktūroje nėra pareigūnų, normos turi būti plačiai akceptuojamos kaip nustatančios svarbiausiuosius grupės elgesio standartus. Logiška manyti, kad, jeigu šioje struktūroje nebūtų plačiai paplitęs vidinis požiūris, joje negalėtų būti jokių normų. Mes įrodinėjome, kad vaisingiausias būdas apibūdinti teisinę sistemą yra pirminių ir antrinių normų junginio konstatavimas; ten, kur toks junginys yra, normų, kaip grupės bendrųjų standartų, akceptavimą galima atskirti nuo tokio santykinai pasyvaus dalyko, kaip eilinio piliečio paklusimas šioms normoms tik paties atskirai. Kraštutiniu atveju vidinis požiūris, susijęs su jam būdinga teisinės kalbos normatyvine vartosena („Tai yra galiojanti norma"), gali būti apribotas oficialiuoju pasauliu. Šioje sudėtingesnėje sistemoje akceptuoti ir naudoti sistemos teisinio galiojimo kriterijus gali tik pareigūnai. Visuomenė, kurioje taip ir būtų, būtų apgailėtinai panaši į avių kaimenę; o avys galėtų baigti savo gyvenimą skerdykloje. Bet vargu ar yra pagrindo manyti, kad tokios visuomenės negali būti; taip pat vargu ar yra pagrindo neigti tokios visuomenės teisę vadintis teisine sistema.

3. Teisinės sistemos patologija

Taigi įrodymus, kad teisinė sistema egzistuoja, reikia imti iš dviejų skirtingų socialinio gyvenimo sektorių. Normalus, neproblemiškas atvejis, kai galima neabejojant teigti, jog teisinė sistema yra, – tai tokia situacija, kai atitinkami tipiški abiejų šių sektorių interesai teisės atžvilgiu sutampa. Paprastai tariant, taip yra tada, kai oficialiu lygiu pripažintoms galiojančioms normoms yra visuotinai paklūstama. Tačiau kartais oficialusis sektorius yra atitrūkęs nuo privataus sektoriaus ta prasme, kad nebėra visuotinio paklusnumo

normoms, galiojančioms pagal teismuose naudojamus galiojimo kriterijus. Tai gali atsitikti įvairiais būdais, kurie susiję su teisinių sistemų patologija, nes jie reiškia, jog žlunga sudėtinga sutampanti praktika, kurią nurodome formuluodami išorinį teiginį, kad teisinė sistema yra. Tai, kuo remiamasi kaip prielaida, konkrečios sistemos viduje formuluojant vidinius teiginius dėl teisės, čia irgi iš dalies suardoma. Tokį žlugimą gali sukelti įvairūs destruktyvūs veiksniai. „Revoliucija", kuriai vykstant grupės viduje keliamos konkuruojančios pretenzijos valdyti, yra tik vienas iš tokių atvejų; nors ji visuomet susijusi su kai kurių esamosios sistemos įstatymų pažeidimu, jos rezultatas gali būti tik tai, kad teisiškai neleistinu būdu atsiranda senąją pakeičianti nauja pareigūnais tampančių asmenų grupė, bet ne nauja konstitucija ir ne nauja teisinė sistema. Kitas atvejis yra priešo okupacija, kai konkuruojanti pretenzija valdyti neturint esamosios sistemos požiūriu teisėtos valdžios kyla iš išorės; dar kitas atvejis yra tvarkingos teisinės kontrolės žlugimas siautėjant anarchijai ar banditizmui, kai visai nėra pareiškiama jokių politinių pretenzijų valdyti.

Kiekvienu iš šių atvejų gali būti tarpinių etapų, kai šalies teritorijoje arba emigracijoje veikia teismai, taikantys senosios, kadaise aiškiai susiformavusios sistemos teisinio galiojimo kriterijus; tačiau šalies teritorijoje jų įsakymai yra neefektyvūs. Kada būtent galima pagrįstai pareikšti, kad teisinė sistema galutinai liovėsi egzistavusi, tiksliai nustatyti neįmanoma. Paprastai tariant, jeigu yra tam tikra reali restauracijos tikimybė arba jeigu susiformavusi sistema buvo sugriauta vykstant visuotiniam karui, kurio baigtis dar nėra aiški, jokiu kategorišku pareiškimu, esą sistema liovėsi egzistavusi, negalima tikėti. Taip yra todėl, kad teiginys, jog teisinė sistema egzistuoja, yra pakankamai platus ir bendras, kad apimtų ir pertrūkius; tai, kas vyksta trumpais laiko tarpais, šį teiginį nei verifikuoja, nei falsifikuoja.

Žinoma, kai po šių pertrūkių atkuriami normalūs santykiai tarp teismų ir gyventojų, gali kilti sunkių klausimų. Išvijus okupantų kariuomenę arba sutriuškinus maištininkų vyriausybę, vyriausybė grįžta iš emigracijos; tuomet kyla klausimas, kas toje teritorijoje pertrūkio laikotarpiu buvo ir kas nebuvo „teisė". Čia svarbiausia yra suprasti, kad šis klausimas *negali* būti fakto klausimas. Jeigu tai būtų fakto klausimas, į jį galima būtų atsakyti paklausus, ar pertrūkis truko taip ilgai ir ar jis buvo toks visa apimantis, kad susiklosčiusią situaciją būtų galima apibūdinti kaip tokią, kur ankstesnioji sistema liovėsi egzistavusi, o grįžus iš emigracijos buvo sukurta į senąją panaši nauja sistema. Užuot taip formulavus klausimą, galima kelti klausimą dėl tarptautinės teisės arba – gal kiek paradoksaliai – dėl teisės pačioje po restauracijos susiklosčiusioje teisės sistemoje. Pastaruoju atveju visai gali būti, jog restauruotoji sistema apims retrospektyvų įstatymą, skelbiantį, kad sistema nenutrūkstamai buvo (arba, formuluojant atviriau, „buvo manoma", kad ji buvo) šios teritorijos teisė. Taip gali būti daroma, net jeigu pertrūkis truko taip ilgai, kad tokia deklaracija gali atrodyti toli gražu neatitinkanti išvados, kurią galima būtų padaryti, jeigu šis klausimas būtų traktuojamas kaip klausimas dėl fakto. Tokiu atveju nėra priežasties, dėl kurios ši deklaracija negalėtų būti restauruotosios sistemos norma, apibrėžianti teisę, kurią šios sistemos teismai privalo taikyti pertrūkio laikotarpiu įvykusiems įvykiams bei sudarytiems sandoriams.

Manyti, kad teisinės sistemos teiginiai apie teisę, nurodantys, kas turėtų būti laikoma jos pačios praeities, dabarties ar būsimojo egzistavimo pakopomis, konkuruoja su išoriniu požiūriu grindžiamais teisės egzistavimo faktą konstatuojančiais teiginiais, yra paradoksalu. Išskyrus akivaizdų galvosūkį, susijusį su nuoroda į pačią save, egzistuojančios sistemos nuostatos dėl laikotarpio, kuriuo ją reikia laikyti

egzistavusia, teisinis statusas nė kiek nesiskiria nuo vienos sistemos įstatymo, skelbiančio, kad tam tikra sistema vis dar egzistuoja kitoje šalyje, nors neatrodo, kad pastaroji nuostata sukeltų daug praktinių pasekmių. Iš tikrųjų mums visiškai aišku, jog Sovietų Sąjungos teritorijoje egzistuojanti teisinė sistema nėra ta pati, kaip carinio režimo teisinė sistema. Tačiau jeigu Britanijos Parlamentas įstatymu paskelbtų, kad carinės Rusijos teisė vis dar yra teisė Rusijos teritorijoje, tai iš tikrųjų turėtų prasmę ir teisinių pasekmių kaip Anglijos teisės sudedamoji dalis, susijusi su SSRS, tačiau nė kiek nepaveiktų mūsų pastarajame sakinyje suformuluoto teiginio dėl fakto teisingumo. Toks įstatymas turėtų galią ir prasmę tik tuo požiūriu, kad jis apibrėžtų, kokia teisė turėtų būti taikoma Anglijos teismuose, taigi Anglijoje nagrinėjant bylas su rusiškuoju elementu.

Aprašytosios situacijos priešingybę galima pamatyti žaviais pereinamojo laikotarpio momentais, kai nauja teisinė sistema randasi iš senosios įsčių – kartais tik po cezario pjūvio. Naujausioji Sandraugos istorija yra puiki sritis šio teisinių sistemų embriologijos aspekto studijoms. Šio laikotarpio schematizuota, supaprastinta raida yra tokia. Tarkime, jog tam tikro laikotarpio pradžioje yra kolonija, turinti vietinę įstatymų leidybos instituciją, teismus ir vykdomąją valdžią. Šią konstitucinę santvarką įstatymu nustatė Jungtinės Karalystės Parlamentas, pasilikęs sau visą teisinę kompetenciją leisti šiai kolonijai įstatymus. Šioje stadijoje kolonijos teisinė sistema yra tiesiog platesnės sistemos subordinuotoji dalis, o šią sistemą apibūdina svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė, pagal kurią tai, ką nustato Karalienė Parlamente, ir yra *(inter alia*)* kolonijos teisė. Šio raidos laikotarpio pabaigoje mes matome, jog svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė pakito, nes kolonijos teismai dau-

* Greta kitų dalykų (lot).

giau nepripažįsta Vestminsterio* Parlamento teisinės kompetencijos leisti įstatymus buvusiai kolonijai. Tebėra tiesa tai, kad daugelį konstitucinės santvarkos dalykų nustato ankstesnysis Vestminsterio Parlamento išleistas įstatymas, – bet dabar tai yra tik istorijos faktas, nes konstitucinės santvarkos teisinis statusas toje teritorijoje jau nėra kildinamas iš Vestminsterio Parlamento valdžios. Dabar teisinė sistema buvusioje kolonijoje turi „vietines šaknis" ta prasme, kad galutinius teisinio galiojimo kriterijus apibrėžianti pripažinimo taisyklė daugiau nebeatsižvelgia į kitos teritorijos įstatymų leidybos institucijos aktus. Naujoji taisyklė paprasčiausiai remiasi tuo faktu, kad ji yra akceptuojama ir naudojama kaip tokia taisyklė teismų ir kitose oficialiose vietinės sistemos, kurios normoms yra visuotinai paklūstama, operacijose. Todėl nors vietos įstatymų leidybos institucijos sudėtis, aktų leidimo būdai ir struktūra vis dar gali būti nustatyti ankstesniosios konstitucijos, šios įstatymų leidybos institucijos išleisti aktai dabar galioja ne todėl, kad jie yra išleisti realizuojant galias, suteiktas Vestminsterio Parlamento išleisto įstatymo. Jie galioja todėl, kad pagal vietinę pripažinimo taisyklę tai, kad aktą išleido vietos įstatymų leidybos institucija, yra pagrindinis galiojimo kriterijus.

Ši raida gali klostytis daugeliu įvairių būdų. Po tam tikro laikotarpio, per kurį metropolijos įstatymų leidybos institucija faktiškai nerealizuoja savo formalios legislatyvinės valdžios kolonijos atžvilgiu, išskyrus tuos atvejus, kai pati kolonija su tuo sutinka, ši įstatymų leidybos institucija gali galutinai pasitraukti nuo scenos, atsisakydama legislatyvinės valdžios buvusios kolonijos atžvilgiu. Čia reikia pažymėti, kad galimos teorinės abejonės dėl to, ar Jungtinės Karalystės teismai pripažins Vestminsterio Parlamento kom-

* *Vestminsteris* – Londono centras, kuriame yra Jungtinės Karalystės Parlamentas. Formaliai Vestminsteris yra atskiras miestas *(City of Westminster)*, iš kurio ilgainiui išaugo Londonas.

petenciją šitokiu būdu negrįžtamai apkarpyti savo galias. Kita vertus, atsiskyrimas gali būti pasiektas tik jėga. Bet ir vienu, ir kitu raidos atveju šios raidos rezultatas yra dvi nepriklausomos teisinės sistemos. Tai yra fakto teiginys, ir jis yra nė kiek ne mažiau fakto teiginys dėl to, kad kalba apie teisinių sistemų egzistavimą. Pagrindinis įrodymas čia yra tai, kad buvusioje kolonijoje šiuo metu akceptuojama ir naudojama svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė daugiau neapima jokios nuorodos į kitų teritorijų įstatymų leidybos institucijų operacijas kaip vieno iš galiojimo kriterijų.

Tačiau gali būti ir taip, kad, nors faktiškai kolonijos teisinė sistema dabar yra nepriklausoma nuo metropolijos, metropolijos sistema gali nepripažinti šio fakto; šioje srityje Sandraugos istorija pateikia daug intriguojančių pavyzdžių. Tai, kad Vestminsterio Parlamentas pasiliko arba gali teisiškai pasilikti galią leisti įstatymus kolonijai, vis dar gali būti Anglijos teisės dalis; tad jeigu kokios nors bylos dėl kolizijos tarp Vestminsterio įstatymo ir vieno iš vietinės įstatymų leidybos institucijos išleistų įstatymų bus nagrinėjamos Anglijos valstybės vidaus teismuose, šie teismai gali realizuoti būtent šitokį požiūrį į šį dalyką. Atrodo, kad šiuo atveju Anglijos teisės nuostata prieštarauja faktui. Anglijos teismai *nepripažįsta* kolonijos teisės tuo, kuo ji iš tikrųjų yra, – nepriklausoma teisine sistema su sava vietine svarbiausiąja norma – pripažinimo taisykle. Faktiškai tai bus dvi teisinės sistemos, bet Anglijos teisė primygtinai teigs, kad ji yra tik viena. Tačiau abu šie teiginiai logiškai neprieštarauja vienas kitam, nes vienas iš jų yra teiginys, konstatuojantis faktą, o kitas – (Anglijos) teisės nuostata. Siekdami paaiškinti tokį požiūrį, jeigu norime, galime pasakyti, kad teiginys dėl fakto yra teisingas, o Anglijos teisės nuostata yra „teisinga pagal Anglijos teisę“. Panašius skirtumus tarp dviejų nepriklausomų teisinių sistemų egzistavimo fakto teigimo (arba neigimo) ir teisės nuostatų dėl teisinės sistemos egzistavi-

mo reikia turėti galvoje nagrinėjant santykį tarp tarptautinės viešosios teisės ir municipalinės teisės. Kai kurios labai keistos teorijos atrodo įtikinamos tik todėl, kad šį skirtumą ignoruoja.

Baigdami šią schematišką teisinių sistemų patologijos ir embriologijos apžvalgą, turėtume paminėti kitas normalių sąlygų, kurių sutapimas patvirtinamas kategorišku teisinės sistemos egzistavimo konstatavimu, dalinio sutrikimo formas. Gali iš dalies iširti pareigūnų vienybė, kuri paprastai numatoma kaip prielaida, sistemoje formuluojant vidinius teiginius dėl teisės. Gali atsitikti taip, kad oficialiojo pasaulio pažiūros skiriasi kai kuriais konstituciniais klausimais, ir tik šiais klausimais, o tai galiausiai lemia ir teisėjų nuomonių išsiskyrimą. Tokio skilimo dėl svarbiausiųjų kriterijų, naudotinų identifikuoti teisei, pradžia buvo Pietų Afrikos konstitucinės problemos, kilusios 1954 m. teismų nagrinėtoje *Harris* v. *Dönges* byloje[23]. Čia įstatymų leidybos institucija veikė vadovaudamasi kitokiu požiūriu į savo kompetenciją ir galias negu teismai ir išleido aktus, kuriuos teismai pripažino negaliojančiais. Į tai įstatymų leidybos institucija atsakė įkurdama specialų apeliacinį „teismą" nagrinėti apeliacijoms dėl bendrųjų teismų sprendimų, įstatymų leidybos institucijos išleistus aktus pripažįstančių negaliojančiais. Šis teismas nustatyta tvarka nagrinėdavo tokias apeliacijas ir panaikindavo bendrųjų teismų sprendimus; bendrieji teismai savo ruožtu pripažindavo įstatymų leidybos institucijos sukurtus specialius teismus neturinčiais galios, o šių teismų sprendimus – teisiškai niekiniais. Jeigu šis procesas nebūtų buvęs sustabdytas (vyriausybė* nusprendė, kad tokiu būdu siekti savo tikslo yra neišmintinga), būtų amžinai blaškomasi tarp dviejų požiūrių į įstatymų leidybos

[23] [1952] 1 TLR 1245.

* Turimas omenyje Parlamentas (žr. išnašą p. 53–54).

institucijos kompetenciją, taigi ir į galiojančios teisės kriterijus. Identifikuoti sistemos pripažinimo taisyklę galima tik esant normalioms sąlygoms – pareigūnų, ypač teisėjų, sutarimui, o šios sąlygos būtų buvusios panaikintos. Ir vis dėlto didžioji dauguma teisinių veiksmų, nesusijusių su šia konstitucine problema, būtų atliekami kaip ir anksčiau. Kol visuomenė nesusipriešino, o „teisė ir tvarka" nepakriko, būtų neteisinga teigti, kad ankstesnioji teisinė sistema liovėsi egzistavusi: juk posakis „ta pati teisinė sistema" yra pernelyg platus ir lankstus, kad leistų vieningą pareigūnų konsensusą dėl *visų* ankstesniųjų teisinio galiojimo kriterijų laikyti būtina teisinės sistemos buvimo „ta pačia" sąlyga. Mes galime padaryti tik viena – apibūdinti susiklosčiusią situaciją, kaip jau padarėme, ir įvardyti ją kaip netipišką, nenormalų atvejį, keliantį grėsmę, jog teisinė sistema iširs.

Pastarasis atvejis priartina mus prie platesnės temos, kurią nagrinėsime kitame skyriuje fundamentalių konstitucinių klausimų dėl teisinės sistemos galiojimo svarbiausiųjų kriterijų ir jos „paprastosios" teisės kontekste. Visos normos susijusios su konkrečių atvejų identifikavimu ir klasifikavimu vartojant apibendrinamuosius terminus, tačiau kiekvienu atveju, kai mes kokį nors dalyką esame pasirengę pavadinti norma, galima išskirti aiškius pagrindinius atvejus, kuriems toks pavadinimas neabejotinai tinka, ir kitus atvejus, kai yra pagrindo ir teigti, ir neigti šio pavadinimo tinkamumą. Bandant konkrečias situacijas įsprausti į bendro pobūdžio normas, niekaip neįmanoma eliminuoti šio tikrumo šerdies ir abejonės aureolės dualizmo. Dėl to visų normų ribos nėra griežtai apibrėžtos, kitaip tariant, jų „struktūra"* yra „atvira", o tai gali daryti poveikį pripažinimo taisyklei, apibrėžiančiai svarbiausiuosius kriterijus, naudojamus identifikuoti tiek teisei, tiek konkrečiam įstatymui.

* Hartas vartoja terminą *texture*, t.y. *audinys*.

Šiuo teisės aspektu dažnai remiamasi siekiant pademonstruoti, jog bet koks teisės sampratos aiškinimas remiantis normų sąvoka būtinai yra klaidingas. Todėl griežtas tokio požiūrio laikymasis nepaisant tikrųjų konkrečios situacijos aplinkybių neretai plūstamas kaip „konceptualizmas“ arba „formalizmas“; šį kaltinimą dabar mes ir imsimės nagrinėti.

VII

FORMALIZMAS IR SKEPTIŠKAS POŽIŪRIS Į NORMAS

1. Atviroji teisės struktūra

Kiekvienoje didelėje grupėje pagrindinės socialinės kontrolės priemonės turi būti ne kiekvienam individui atskirai duodami konkretūs nurodymai, bet bendros normos, modeliai ir principai. Jeigu bendrų elgesio modelių nebūtų įmanoma perduoti daugybei žmonių taip, kad jie šiuos modelius be papildomų nurodymų suprastų kaip reikalaujančius iš jų tam tikro elgesio, susiklosčius tam tikroms aplinkybėms, tai negalėtų būti nieko panašaus į tai, ką mes dabar pripažįstame kaip teisę. Vadinasi, teisė dažniausiai turi būti susijusi su asmenų *klasėmis,* taip pat su veiksmų, daiktų ir aplinkybių *klasėmis,* bet jokiu būdu ne vien tik su jomis; teisės funkcionavimo plačiose socialinio gyvenimo srityse sėkmė priklauso nuo jos labai išsklidusio sugebėjimo atpažinti konkrečius veiksmus, daiktus ir aplinkybes kaip atskirus teisės sukonstruotų bendrų klasifikacijų atvejus.

Iš anksto perduoti tokiems bendriems elgesio modeliams, kurie turėtų būti taikomi vėliau pasitaikysiančiais atvejais, naudojami du iš pirmo žvilgsnio labai skirtingi pagrindiniai mechanizmai. Vienas iš jų vartoja maksimaliai daug klasifikacinę reikšmę turinčių bendrų žodžių, o kitas tenkinasi jų minimumu. Pirmojo tipiškas atvejis yra tai, ką mes vadiname įstatymų leidyba, o antrojo – tai, ką vadiname precedentu. Jų abiejų skiriamuosius bruožus galima įžvelgti štai tokiose paprastose ne-teisinėse situacijose. Prieš eidamas į

bažnyčią, vienas tėvas sako savo sūnui: „Įeidamas į bažnyčią, kiekvienas vyriškis ir berniukas turi nusiimti kepurę“. Kitas, įeidamas į bažnyčią ir nusiimdamas kepurę, taria: „Žiūrėk: tokiais atvejais teisingas yra štai šitoks elgesio būdas“.

Elgesio modelių perdavimas arba mokymas rodant pavyzdį gali įgyti įvairias formas, kur kas sudėtingesnes negu mūsų apsakytuoju paprastu atveju. Mūsų apsakytasis atvejis bus panašesnis į teisinį precedento naudojimą, jeigu užuot nurodęs vaikui, kad tam tikromis konkrečiomis aplinkybėmis jis sektų savo tėvu, kuris, įeidamas į bažnyčią, parodė pavyzdį, kaip reikia teisingai elgtis, tėvas manys, jog vaikas į jį žiūri kaip į tinkamą elgesį demonstruojantį autoritetą ir stebės jį, siekdamas išmokti elgtis kaip pridera. Kad panašumas į teisinį precedento naudojimą būtų dar didesnis, reikia daryti prielaidą, jog pats tėvas įsivaizduoja save ne kuriant naujus elgesio modelius, o sekant tradiciniais, ir kiti mano taip pat.

Nors visas perdavimo rodant pavyzdį formas lydi tam tikri bendri žodiniai nurodymai, kaip antai „Daryk taip, kaip darau aš“, vis dėlto lieka atvira galimybių sritis, taigi lieka vietos ir abejonei, ko iš tikrųjų norima net tais atvejais, kai perduoti siekiantis asmuo yra aiškiai išreiškęs savo poziciją. Kaip tiksliai šis elgesys turi būti mėgdžiojamas? Ar turi reikšmės tai, kad kepurė nukeliama ne dešine, bet kaire ranka? Arba tai, kad ji nukeliama lėtai arba greitai? O tai, kad ji bus padėta po suolu? O tai, kad bažnyčioje ji vėl neužsidedama ant galvos? Tai vis bendro pobūdžio klausimų, kuriuos galėtų sau kelti vaikas, variantai: „Kokiais požiūriais mano elgesys turi būti panašus į jo elgesį, kad būtų teisingas?“ „Kuo konkrečiai iš jo elgesio man reikia vadovautis?“ Suprasdamas pavyzdį, į kai kuriuos jo aspektus vaikas kreipia daugiau dėmesio negu į kitus. Taip darydamas jis vadovaujasi sveiku protu ir bendromis žiniomis apie

tai, kokius dalykus ir tikslus suaugusieji mano esant svarbius, taip pat tuo, kaip jis pats suvokia konkretaus atvejo (ėjimo į bažnyčią) ir tokiu atveju tinkamo elgesio bendrą pobūdį.

Palyginti su pavyzdžių neapibrėžtumu, bendrų modelių perdavimas tiksliomis bendromis kalbos formomis („Kiekvienas vyriškis, įeidamas į bažnyčią, privalo nusiimti skrybėlę“) atrodo aiškus, patikimas ir neabejotinas. Bendraisiais elgesio orientyrais laikytini požymiai čia identifikuojami žodžiais; jie konkrečiame pavyzdyje nėra susipynę su kitais, juos galima iššifruoti verbališkai. Kad žinotų, ką reikia daryti kitais atvejais, vaikui nebereikia spėlioti, kas turėta galvoje arba kokiam elgesiui bus pritarta; jam nebereikia galvoti, kokiu požiūriu jo elgesys turi būti panašus į pavyzdį, kad būtų teisingas. Vietoj to jam yra pateiktas žodinis apibūdinimas, kuriuo vaikas gali naudotis pasirinkdamas, ką jis turi daryti ateityje ir kada jis tai turi daryti. Jam tereikia tik atpažinti atskirus aiškiais žodiniais terminais įvardijamus atvejus, priskirti konkrečius faktus bendriesiems klasifikacijos skyriams ir padaryti paprastą dedukcinę išvadą. Jam neiškyla alternatyva rinktis savo rizika arba ieškoti dar kito autoritetingo orientyro. Jis turi normą, kurią gali taikyti pats sau.

Didžiajai daliai šio šimtmečio jurisprudencijos būdinga tai, jog vis geriau buvo įsisąmoninama (kartais ir pervertinama) ta aplinkybė, kad skirtumas tarp perdavimui rodant autoritetingą pavyzdį (precedentui) būdingo neapibrėžtumo ir perdavimui autoritetinga bendro pobūdžio kalba (įstatymų leidybai) būdingo apibrėžtumo yra toli gražu ne toks griežtas, kaip galima būtų spręsti iš minėtojo naivaus palyginimo. Net tada, kai naudojamos žodžiais suformuluotos bendrosios normos, tam tikrais konkrečiais atvejais gali kilti neaiškumų dėl jų reikalaujamo elgesio formos. Konkrečios faktinės situacijos nelaukia mūsų atskirtos viena nuo

kitos ir pažymėtos kaip atvejai, kuriais turi būti taikoma kalbamoji bendroji norma; pati norma taip pat negali tiesiogiai nurodyti, kokiais atvejais ji turi būti taikoma. Įvairialypė patirtis, ne tik ta, kuri susijusi su normomis, rodo, jog orientyrai, kuriuos nurodo bendroji kalba, turi tam tikrą ribą, glūdinčią kalbos prigimtyje. Žinoma, būna paprastų atvejų, nuolat pasikartojančių panašiuose kontekstuose, kuriems bendrus posakius galima taikyti neabejojant („Jeigu ką nors galima vadinti transporto priemone, tai lengvąjį automobilį – tikrai"), bet taip pat būna atvejų, kai neaišku, ar šie posakiai tinkami, ar ne („Ar „transporto priemonė" čia vartojama prasme apima dviračius, lėktuvus, riedučius?"). Pastarieji atvejai – tai faktinės situacijos, kurias mums nuolat ir dėsningai primeta gamta ar žmonių išradingumas; jiems būdingi tik kai kurie paprastųjų atvejų požymiai, bet kitų požymių jiems trūksta. Šiuos neaiškumus gali sumažinti „aiškinimo" kanonai, bet jie negali jų pašalinti; juk šie kanonai patys yra bendrosios kalbos vartojimo normos ir vartoja bendrus terminus, kuriuos pačius reikia aiškinti. Aiškinti pačius save jie gali nė kiek ne geriau, negu kitos normos. Bendrųjų terminų, atrodo, nereikia aiškinti, o konkrečias situacijas galima nesunkiai, arba „automatiškai", atpažinti tik akivaizdžiais, įprastiniais, nuolat panašiuose kontekstuose pasikartojančiais atvejais, kai, priimant sprendimus, visuotinai sutariama dėl galimybės taikyti tam tikrus klasifikacinius terminus.

Jeigu nebūtų tokių įprastinių, niekam abejonių nekeliančių atvejų, bendrieji terminai, kaip perdavimo priemonė, būtų visiškai beverčiai. Tačiau šie įprastiniai atvejai yra įvairūs, ir juos taip pat reikia klasifikuoti vartojant bendruosius terminus, kiekvienu konkrečiu momentu sudarančius mūsų kalbos išteklių dalį. Taigi kažkas nesulaikomai skatina perdavimo krizę: yra argumentų ir už, ir prieš minėtąjį bendrųjų terminų vartojimą, bet klasifikuojantiems

asmenims šiuos terminus vartoti arba, priešingai, atmesti neliepia nei kokia nors griežta sutartis, nei visuotinis susitarimas. Tokiais atvejais norintysis pašalinti abejones būtinai turi kokiu nors būdu rinktis iš šių atvirų alternatyvų.

Štai čia normą išreiškianti autoritetinga bendroji kalba mus orientuoja beveik taip pat neaiškiai, kaip ir autoritetingas pavyzdys. Kaip tik čia mus apleidžia jausmas, jog normos kalba įgalins mus nesunkiai atrinkti lengvai atpažįstamas situacijas; gebėjimas priskirti tam tikrai kategorijai ir dedukcijos būdu formuluoti išvadas jau nėra samprotavimo, padedančio nustatyti, kaip elgtis yra teisinga, šerdis. Priešingai, atrodo, jog dabar normos kalba tik pažymi tam tikrą autoritetingą pavyzdį – būtent tą, apie kurį kalbama akivaizdžiuoju atveju. Jos paskirtis gali būti beveik lygiai tokia pati, kaip precedento, tačiau, palyginti su precedentu, normos kalba nuodugniau atribos tuos bruožus, į kuriuos reikia kreipti dėmesį, be to, šis atribojimas įgis nuolatinį pobūdį. Atsakydamas į iškilusį klausimą, ar norma, draudžianti transporto priemonėms važinėti parke, taikytina tam tikram šios normos lyg ir tiesiogiai neapibrėžiamam aplinkybių deriniui, asmuo gali padaryti tik viena – apsvarstyti (kaip daro tas, kuris vadovaujasi precedentu), ar šis konkretus atvejis „pakankamai" primena akivaizdųjį atvejį tam tikrais „turinčiais reikšmę" atžvilgiais. Tokiu būdu kalbos jam palikta diskrecija gali būti labai plati, todėl, kai jis taiko normą, išvada faktiškai yra pasirinkimo rezultatas, net jeigu ji nėra savavališka arba iracionali. Jo pasirinkimas yra štai koks: prie bylų* grupės jis nusprendžia prijungti naują

* Anglų kalbos žodis *case* reiškia ir *atvejį,* ir (teisinę) *bylą,* t.y. *teisinė byla* – tai faktiškai vienas iš gyvenimo atvejų, kuris dėl vienokių ar kitokių priežasčių įgyja teisinę reikšmę. Čia vėl, kaip ir kitur šioje knygoje, akivaizdžiai atsiskleidžia angliškojo teisinio mentaliteto ypatumai: dažnai sakoma, jog precedentinė teisė, akcentuojanti ne bendrąsias normas, o sprendimus, priimtus nagrinėjant konkrečias bylas, vystosi *byla po bylos (case by case),* bet šį posakį galima būtų versti ir *atvejis po atvejo,* t.y. viena

bylą, nes galima įrodyti, jog ši jas primena tam tikrais pakankamai panašiais ir teisinę reikšmę turinčiais bruožais. Teisės normų atveju šiuos reikšmingumo ir panašumo kriterijus lemia daugybė sudėtingų teisinę sistemą persmelkiančių veiksnių bei tam tikrai normai galimi priskirti tikslai arba paskirtis. Apibūdinti šiuos veiksnius tolygu apibūdinti tai, kas yra teisinio mąstymo būdingi bruožai arba ypatumai.

Kad ir kuris iš šių mechanizmų – precedentas ar įstatymų leidyba – būtų pasirinktas perduoti elgesio modeliams, kad ir kaip sklandžiai jie susidorotų su didžiule daugybe paprastų atvejų, abu jie tam tikroje stadijoje – tada, kai suabejojama galimybe juos taikyti, – pasirodys esą neapibrėžti; jiems abiem bus būdinga tai, ką mes pavadinome *atvirąja struktūra.* Kol kas, kalbėdami apie įstatymų leidybą, mes tai pavaizdavome kaip bendrą žmonių kalbos ypatybę; neaiškumai susidūrus su ribiniais atvejais ir yra ta kaina, kurią reikia sumokėti už tai, kad, bet kokiu būdu perduodant su faktais susijusius dalykus, vartojami bendri klasifikaciniai terminai. Taip vartojamoms natūralioms kalboms, tokioms kaip anglų, ši atviroji struktūra neišvengiamai būdinga. Tačiau būtina suprasti, kodėl, jau nekalbant apie realiai egzistuojančią priklausomybę nuo kalbos ir jai būdingą atvirąją struktūrą, net kaip idealo neverta puoselėti tokios smulkmeniškos normos koncepcijos, kuri visuomet iš anksto atsakytų į klausimą, ar tam tikra norma taikytina

konkreti gyvenimo situacija po kitos. Be to, lietuvių kalboje *bylos* terminas paprastai vartojamas tada, kai kalbama apie procesą teisme arba kitame ginčus nagrinėjančiame organe. Tuo tarpu Anglijoje *case* – tai bet kokia teisinę reikšmę turinti gyvenimo situacija: faktas čia „aplenkia" teisę, o teisinis procesas tampa būtinu, dėsningu, neišvengiamu faktinių santykių palydovu. Šis angliškojo teisinio mentaliteto ypatumas iš dalies paaiškina ir tai, kad *rule of law* tipo teisinės valstybės vienas iš svarbiausiųjų bruožų yra vadinamasis *due process of law,* t.y. *deramas teisinis procesas* (žr. išnašą p. 63), kuris toli gražu nebūtinai yra teismo procesas.

konkrečiu atveju, ir niekuomet nereikalautų, iškilus reikalui ją taikyti, iš naujo pasirinkti vieną iš atvirų alternatyvų. Trumpai tariant, tikroji priežastis yra tokia: būtinybę mums pasirinkti lemia tai, kad mes esame ne dievai, bet žmonės. Keblioms žmonių gyvenimo (taigi ir įstatymų leidybos) situacijoms būdinga tai, jog kai tik bandome nedviprasmiškai ir iš anksto reguliuoti tam tikrą elgesio sritį pasitelkdami bendrus modelius, kuriuos tam tikrais konkrečiais atvejais reikia naudoti be jokio tolesnio oficialaus nurodymo, mes susiduriame su dviem tarp savęs susijusiais sunkumais. Pirmasis sunkumas yra mūsų santykinis fakto nežinojimas, antrasis – santykinis tikslo neapibrėžtumas. Jeigu pasaulį, kuriame gyvename, būtų galima apibūdinti nurodant baigtinį tam tikrų požymių skaičių, o mes žinotume visus šiuos požymius bei visus galimus jų derinius, kiekvienam įmanomam atvejui būtų galima iš anksto sukurti atitinkamą nuostatą. Būtų galima kurti normas, kurias taikant konkretiems atvejams nereikėtų rinktis. Viskas būtų žinoma, o kadangi viskas būtų žinoma, kiekvienu klausimu būtų galima ką nors padaryti ir iš anksto tai konkrečiai numatyti normoje. Tokiame pasaulyje gerai derėtų „mechaninė" jurisprudencija.

Paprastai sakant, toks pasaulis – tai ne tas pasaulis, kuriame mes gyvename; įstatymų leidėjai yra žmonės, todėl jie negali žinoti visų ateityje galinčių susiklostyti aplinkybių derinių. Su šiuo nesugebėjimu numatyti susijęs santykinis tikso neapibrėžtumas. Kai mes pakankamai drąsiai formuluojame tam tikrą bendrą elgesio normą (pavyzdžiui, normą, nustatančią, jog į parką neleidžiama įvažiuoti jokiai transporto priemonei), šiame kontekste vartojama kalba fiksuoja būtinas sąlygas, kurias turi atitikti viskas, kas tik patenka į šios normos sritį; ji taip pat fiksuoja tam tikrus aiškius pavyzdžius, leidžiančius mums suvokti tuos atvejus, kurie neabejotinai yra šios normos srityje. Šie pavyzdžiai yra paradigma, aiškūs atvejai (lengvasis automobilis, auto-

busas, motociklas); ligi šiol yra apibrėžtas ir tikslas, mūsų turėtas leidžiant įstatymus, nes toks buvo mūsų pasirinkimas. Mes iš pat pradžių nusprendėme, kad parke reikia palaikyti viešąją tvarką bei ramybę ir kad, šiaip ar taip, už tai reikia sumokėti tam tikrą kainą – neleisti šiems dalykams būti parke. Kita vertus, kol bendro tikslo palaikyti viešąją tvarką nesusiejame su tais atvejais, kurių mes iš pradžių nenumatėme, o galbūt ir negalėjome numatyti (kaip antai elektra varomo žaislinio lengvojo automobilio), mūsų tikslas šiuo požiūriu yra neapibrėžtas. Mes nesitikėjome, kad bus nenumatytų atvejų, kai mūsų paklaus, ar reikia tam tikrą ramybės parke dalį paaukoti dėl tų vaikų, kurių malonumui ir interesams ši ramybė ir turi tarnauti, ar šią ramybę reikia nuo jų ginti; todėl šis klausimas liko neišspręstas. Iškilus nenumatytam atvejui, mes susiduriame su minėtais kvestionuojamais dalykais; tuomet ir galime atsakyti į šį klausimą, pasirinkdami iš konkuruojančių interesų tokiu būdu, kuris geriausiai mus patenkina. Tai darydami savo pradinį tikslą mes apibrėžiame tiksliau, o kartu atsitiktinai atsakome į klausimą, kokia yra toji bendrojo žodžio reikšmė, kuria jis vartojamas šioje normoje.

Skirtingos teisinės sistemos arba ta pati sistema skirtingais laikotarpiais gali ignoruoti arba daugiau ar mažiau aiškiai pripažinti tokį poreikį toliau rinktis, bendrąsias normas taikant konkretiems atvejams. Yda, teisės teorijoje vadinama formalizmu arba konceptualizmu, yra toks požiūris į žodžiais suformuluotas normas, kuriuo siekiama po to, kai buvo suformuluota bendroji norma, šį poreikį rinktis užmaskuoti ir minimalizuoti. Vienas iš būdų tai padaryti yra toks normos reikšmės užšaldymas, kad jos bendrieji terminai turėtų tą pačią reikšmę kiekvienu atveju, kai tik kvestionuojamas šios normos taikymas. Norint eiti šiuo keliu, reikia akcentuoti tam tikrus akivaizdžiajam atvejui būdingus požymius ir užsispyrus laikytis nuomonės, jog minėtieji

požymiai yra būtini ir pakankami, kad normos sričiai būtų galima priskirti visa tai, kam jie būdingi, nesvarbu, kokių kitų savybių priskiriamieji reiškiniai turėtų arba stokotų, nesvarbu, kokios būtų tokio normos taikymo socialinės pasekmės. Einant šiuo keliu, užtikrinamas tam tikras apibrėžtumo arba nuspėjamumo laipsnis, sumokant už tai akla išankstine nuostata dėl to, ką reikės daryti daugeliu ateityje įvyksiančių atvejų, kurių vidinės struktūros mes nė nenumanome. Šitaip mums iš tikrųjų pavyks iš anksto – bet patamsyje – išspręsti problemas, kurias būtų galima protingai išspręsti tik tada, kai jos atsirastų ir būtų identifikuotos. Naudodami šį metodą, mes būsime priversti normos sričiai priskirti tuos atvejus, kuriuos, siekdami realizuoti protingus socialinius tikslus, norėtume palikti už šios srities ribų ir kuriuos palikti už šių ribų mums leistų mūsų kalbos atviros struktūros terminai, jeigu tik mes juos ne taip griežtai apibrėžtume. Todėl mūsų klasifikacijos griežtumas iš esmės prieštarauja tiems tikslams, kuriuos mes kėlėme, sukurdami arba palaikydami normą.

Šio proceso viršūnė – juristų „sąvokų rojus"; jis sukuriamas, bendrajam terminui suteikiant tą pačią reikšmę ne tik kiekvienąkart taikant tą pačią normą, bet visada, kai tik šis terminas vartojamas bet kokioje tai teisinei sistemai priklausančioje normoje. Tad nors įvairiais atvejais sprendžiami skirtingi klausimai, į šias skirtingas aplinkybes atsižvelgti nebūtina, aiškinti terminą nėra reikalo, ir to niekas nedaro.

Iš tikrųjų visos sistemos skirtingais būdais ieško kompromiso tarp dviejų socialinių poreikių – poreikio turėti tam tikras normas, kurias daugelyje elgesio sričių privatūs asmenys gali garantuotai taikyti patys sau, nelaukdami naujų oficialių nurodymų ir nebandydami įvertinti tam tikrų socialinių problemų svarbos, ir poreikio tam tikrus klausimus, kuriuos galima teisingai įvertinti ir išspręsti tik tada, kai jie iškyla konkrečiomis aplinkybėmis, palikti atvirus, kad

juos galima būtų išspręsti vėliau, vadovaujantis turima informacija grindžiamu oficialiu pasirinkimu. Kai kuriose teisinėse sistemose kai kada pernelyg daug paaukojama dėl apibrėžtumo, o teismai įstatymus arba precedentus aiškina pernelyg formaliai ir nesugeba atsižvelgti į nagrinėjamų bylų panašumus ir skirtumus, kuriuos galima įžvelgti tik tuomet, kai jie nagrinėjami socialinių tikslų kontekste. Kitose sistemose arba kitu metu gali atrodyti, kad teismai pernelyg daug dalykų traktuoja kaip visuomet atvirus arba kaip tokius, kuriuos bet kada galima reviduoti precedentais, ir pernelyg mažai dėmesio kreipia į tas ribas, kurias, nepaisant atviros legislatyvinės kalbos struktūros, ši vis dėlto nustato. Šiuo klausimu teisės teorijos istorija išties intriguojanti; ji linkusi teisės normų neapibrėžtumą arba ignoruoti, arba pernelyg sureikšminti. Norėdami išvengti šio blaškymosi tarp dviejų kraštutinumų, turime prisiminti, kad šį neapibrėžtumą lemiantis žmonių nesugebėjimas nuspėti ateitį skiriasi skirtingose elgesio srityse ir kad teisinės sistemos atitinkamai bando įvairiais metodais šį nesugebėjimą koreguoti.

Kartais jau iš pat pradžių pripažįstama, jog srityje, kurią siekiama teisiškai kontroliuoti, individualių atvejų charakteristikos socialiai reikšmingais, bet neįmanomais numatyti aspektais kinta taip smarkiai, kad įstatymų leidybos institucija negali iš anksto sėkmingai apibrėžti vieningų normų, kurias reikėtų, nelaukiant tolesnių oficialių nurodymų, taikyti visoms byloms iš eilės. Todėl, reguliuodama tokią sritį, įstatymų leidybos institucija sukuria tik pačius bendriausius modelius, o tada normų konkretizavimo, pritaikymo specifiniams tikslams, funkciją deleguoja normas kuriančiam ir su įvairiais bylų tipais susipažinusiam administraciniam organui. Antai įstatymų leidybos institucija gali reikalauti, kad pramonėje būtų laikomasi tam tikrų standartų: būtų nustatoma tik *teisinga kaina* arba būtų užtikrinamos *saugios* dar-

bo *sąlygos.* Užuot leidus įvairioms įmonėms taikyti šiuos neapibrėžtus standartus pačioms sau, rizikuojant, jog *ex post facto** bus nustatyta, kad įmonės juos pažeidė, gali būti nuspręsta, jog geriausia atidėti sankcijų už pažeidimus taikymą, kol tam tikras administracinis organas specialiais nuostatais nustatys, ką šios konkrečios pramonės įmonės atžvilgiu reikia laikyti „teisinga kaina" arba „saugiomis sąlygomis". Šią galią kurti normas galima realizuoti tik po to, kai įvyks kažkas panašaus į teisminį su konkrečia pramonės įmone susijusių faktų tyrimą ir bus išklausyti argumentai ir už, ir prieš konkretų reguliavimo būdą.

Žinoma, netgi nustačius pačius bendriausius modelius, bus akivaizdžių ir nediskutuotinų jų atitikimo arba neatitikimo pavyzdžių. Tam tikri kraštutiniai atvejai to, kas yra arba kas nėra „teisinga kaina" arba „saugios sąlygos", bus visuomet identifikuojami *ab initio***. Antai iš begalinės daugybės atvejų vienas kraštutinumas būtų tokia didelė kaina, kad žmonės neįstengtų susimokėti už jiems gyvybiškai svarbią paslaugą, tačiau verslininkams būtų garantuota galimybė gauti milžinišką pelną; priešingas kraštutinumas būtų tokia maža kaina, kad nebeliktų paskatų užsiimti šiuo verslu. Kad ir kokį tikslą mes užsibrėžtume, reguliuodami kainas, abu šie kraštutinumai jį žlugdys. Bet tai tik įvairių veiksnių įvairovės kraštutinumai, kurie praktiškai mažai tikėtini; tarp jų yra sunkių atvejų iš realaus gyvenimo, kuriems ir reikia skirti dėmesį. Tikėtinų derinių, į kuriuos galėtų jungtis reikšmę turintys faktoriai, yra nedaug, vadinasi, mūsų pradinis teisingos kainos arba saugios sistemos siekis išlieka santykinai neapibrėžtas, taigi išlieka ir poreikis vėliau oficialiai rinktis. Šiais atvejais aišku, kad normas kurianti institucija turi naudotis diskrecija, o minėtojo

* Faktui įvykus; po visa ko *(lot.)*.
** Iš pradžių *(lot.)*.

įvairiomis aplinkybėmis pateikiamo klausimo negalima traktuoti taip, tarsi būtų galima rasti tik vieną vienintelį teisingą atsakymą į jį, tačiau ne tą, kurį diktuoja protingas daugybės susikertančių interesų kompromisas.

Kitas panašus metodas naudojamas tada, kai srityje, kurią siekiama kontroliuoti, neįmanoma identifikuoti specifinių vienodai atliekamų arba draudžiamų atlikti veiksmų grupės ir pajungti šiuos veiksmus paprastai normai, bet jos numatomų labai įvairių aplinkybių spektras apima žinomas bendros praktikos charakteristikas. Čia teisė gali remtis visuotinai pripažintomis nuostatomis dėl to, kas yra „protinga". Užduotį įvertinti įvairias nenuspėjamas formas įgyjančius socialinius reikalavimus ir nustatyti protingą jų pusiausvyrą šis metodas palieka asmenims, kurių sprendimus gali koreguoti teismas. Šiuo atveju reikalaujama, kad asmenys prisitaikytų prie kintančio modelio dar *prieš* jį oficialiai apibrėžiant; kokių konkrečių veiksmų imtis ar nuo kokių susilaikyti šis modelis iš jų reikalavo, jie gali sužinoti iš teismo tik *ex post facto,* tada, kai jau bus jį pažeidę. Kai kur teismo sprendimai tokiais klausimais yra laikomi precedentais, o tai, kaip juose konkretizuojamas kintamas modelis, labai primena administraciniam organui deleguotos normų kūrimo galios realizavimą, nors čia yra ir akivaizdžių skirtumų.

Ryškiausias šio metodo pavyzdys Anglijos ir Amerikos teisėje yra rėmimasis pakankamo rūpestingumo* modeliu bylose dėl neatsargumo. Tiems, dėl kurių neprotingo nerūpestingumo nebuvo išvengta kitų asmenų fizinių sužalojimų, gali būti taikomos civilinės, o rečiau – baudžiamosios sankcijos. Bet kas yra protingas arba pakankamas rūpestingumas konkrečioje situacijoje? Žinoma, galima nurodyti tipiškus pakankamo rūpestingumo pavyzdžius, kaip antai su-

* Hartas čia vartoja terminą *due care,* kurio pažodinis vertimas būtų *deramas rūpestingumas.*

stojimas, žiūrėjimas ir klausymasis, kur važiuoja transportas. Bet mes puikiai žinome, kad situacijos, kuriose reikia būti rūpestingam, yra be galo įvairios ir kad reikia atlikti ne tik „sustok, žiūrėk, klausyk", bet ir daug kitų veiksmų arba vien tik kitus veiksmus; tiesą sakant, jeigu žiūrėjimas nepadės išvengti pavojaus, atlikti tik šiuos veiksmus gali būti per maža ir visai nenaudinga. Taikant protingo rūpestingumo standartus siekiama užtikrinti, kad (1) būtų imamasi atsargumo priemonių, kurios padėtų išvengti esminės žalos padarymo, bet kad (2) tos atsargumo priemonės būtų tokios, jog rūpinimasis atsargumo priemonėmis nereikalautų iš esmės paaukoti kitus vertingus interesus. Nieko ypatingo nepaaukojama sustojant, žiūrint ir klausant, išskyrus, žinoma, atvejį, kai mirtinai kraujuojantis žmogus vežamas į ligoninę. Bet kadangi potencialių rūpestingumo reikalaujančių atvejų yra didžiulė įvairovė, negalima *ab initio* numatyti, nei kokie gali susiklostyti aplinkybių deriniai, nei kokius interesus ir kokiu mastu reikės paaukoti, imantis atsargumo priemonių, kad būtų išvengta žalos. Vadinasi, mes negalime numatyti, kokius konkrečius interesus ar vertybes norėtume paaukoti arba kokius kompromisus dėl jų darytume, siekdami išvengti rizikos padaryti žalą. Ir vėl mūsų tikslas apsaugoti žmones nuo žalos yra neapibrėžtas, kol mes jo nesiejame su galimybėmis, kurias mums gali suteikti tik praktika, arba kol mes jo nepatikriname, atsižvelgdami į šias galimybes; bet kai tai bus padaryta, priimtasis sprendimas padarys mūsų tikslą *pro tanto** apibrėžtą.

Nagrinėjant abu šiuos metodus, lengviau suprasti, kas būdinga toms plačioms elgesio sritims, kurias sėkmingai *ab initio* kontroliuoja norma, reikalaujanti atlikti konkrečius veiksmus, vietoj kintamo modelio nustačiusi tik atviros struktūros ribinę juostą. O būdinga šioms sritims tai, kad tam

* Atitinkamai *(lot.)*.

tikrų dalykų – vienokių ar kitokių atpažįstamų veiksmų, įvykių arba situacijų – mes siekiame išvengti arba juos įgyvendinti, vadinasi, šie dalykai turi mums tokią praktinę reikšmę, kad yra tik labai nedaug su jais susijusių aplinkybių, dėl kurių mes galėtume juos vertinti kitaip. Ryškiausias pavyzdys čia – žmogaus nužudymas. Nors aplinkybės, kuriomis žmonės žudo vieni kitus, yra labai įvairios, mes, užuot nustatę kintamą modelį („derama pagarba žmogaus gyvybei"), galime sukurti žudyti draudžiančią normą, nes manome, jog tik labai nedaug veiksnių gali atrodyti svarbesni už gyvybės saugą arba priversti mus kitaip vertinti jos svarbą. Nužudymas beveik visuomet *dominuoja* kitų su juo susijusių veiksnių atžvilgiu, todėl, iš anksto išskirdami jį kaip „nužudymą", mes nesusikuriame aklos išankstinės nuostatos dėl tų dalykų, kurių lyginamąją svarbą dar reikia nustatyti. Žinoma, būna išimčių – veiksnių, užgožiančių šį paprastai dominuojantį veiksnį. Yra nužudymas dėl savigynos, taip pat kitų teisėtų gyvybės atėmimo formų. Tačiau tokių veiksnių yra mažai, ir jie palyginti nesunkiai identifikuojami; juos laikome bendrosios normos išimtimis.

Svarbu pažymėti, kad tam tikro lengvai identifikuojamo veiksmo, įvykio arba situacijos dominuojantis statusas gali būti tam tikra prasme konvencionalus, arba dirbtinis, o ne nulemtas tos „natūralios", arba „tikrosios", svarbos, kurią jie turi mums kaip žmonėms. Nesavarbu, kuria kelio puse važiuoti liepia kelių eismo taisyklės arba kokie yra nustatyti pervežimo formalumai (neperžengiant tam tikrų ribų); tačiau svarbu, kad būtų lengvai identifikuojama ir vieninga procedūra, kitaip tariant, kad dėl šių dalykų būtų galima aiškiai pasakyti, kas yra teisinga, o kas neteisinga. Kai šitai nustato teisė, jos laikymasis, išskyrus nežymias išimtis, įgyja milžinišką svarbą; papildomų aplinkybių, galinčių šią svarbą persverti, yra palyginti nedaug, o tas, kurios gali tai padaryti, galima lengvai identifikuoti kaip išimtis ir susieti

su norma. Šį normų aspektą labai aiškiai iliustruoja Anglijos nekilnojamojo turto teisė.

Kaip matėme, bendrųjų normų perdavimas autoritetingais pavyzdžiais susijęs su sudėtingesniais neapibrėžtumais. Precedento pripažinimas teisinio galiojimo kriterijumi skirtingose sistemose ir netgi skirtingais laikotarpiais toje pačioje sistemoje reiškia skirtingus dalykus. Angliškosios precedento „teorijos" apibūdinimai tam tikrais atžvilgiais vis dar yra labai ginčytini: iš tikrųjų net svarbiausieji šios teorijos vartojami terminai, kaip antai *„ratio decidendi"**, „materialūs faktai", „aiškinimas", turi savąją neapibrėžtumo aureolę. Jokio naujo bendro apibūdinimo mes nesiūlysime, tik, kaip ir įstatymo atveju, pamėginsime trumpai apibūdinti atvirosios struktūros sritį ir tą kūrybinę veiklą, kurią joje atlieka teismai.

Sąžiningai apibūdinant precedentą Anglijos teisėje, niekaip negalima nutylėti štai tokių faktų priešpriešų. *Pirma,* vienintelio metodo, leidžiančio nustatyti normą, kuriai tam tikras autoritetingas precedentas yra autoritetas, nėra. Nepaisant to, dėl absoliučios daugumos išspręstųjų bylų nėra jokių abejonių. Bylos santrauka paprastai būna pakankamai tiksli. *Antra,* nėra jokios autoritetingos ar vienintelės teisingos kurios nors normos formuluotės, kurią galima bū-

* *Ratio decidendi* – sprendimo motyvas *(lot.)*, vienas iš svarbiausiųjų teismo precedento (ir kartu precedentinės teisės) elementų. Jis kartu žymi ir principą, kurį nustato (arba atkartoja, jeigu šis principas „pasiskolintas" iš šio arba kitų teismų anksčiau spręstų bylų) teismas, sprendžiantis konkrečią bylą. Kiti precedento elementai yra: *stare decisis* (laikytis to, kas nuspręsta *(lot.)*) principas, pagal kurį bylas sprendžiantys teismai yra saistomi analogiškas bylas sprendusių ankstesniųjų teismų sprendimų; pats sprendimas *(holding)* ir *obiter dictum* (arba tiesiog *dictum*, dg. *dicta* (šalutiniai samprotavimai *(lot.)*), išsakytoji teismo pozicija atskirais klausimais, kuri nebuvo privaloma priimant sprendimą dėl šios bylos. *Stare decisis* principas, nors ir neabsoliutus, būdingas visai precedentinei teisei apskritai, vadinasi, garantuoja suformuluoto *ratio decidendi* privalomą „perdavimą" kitoms byloms, tuo tarpu *obiter dicta* nėra privalomi kitiems teismams, nors šie vis dėlto dažnai jais remiasi.

tų pateikti remiantis bylomis. Kita vertus, iškilus precedento klausimui vėlesnėje byloje, dažnai visuotinai sutariama, jog tam tikra formuluotė yra adekvati. *Trečia,* kad ir koks autoritetingas būtų precedentu grindžiamos normos statusas, jį galima suderinti su šio precedento saistomų teismų kūrybine, arba legislatyvine, veikla, kuri gali būti dviejų rūšių. Viena vertus, vėlesniąsias bylas sprendžiantys teismai gali priimti priešingą sprendimą, susiaurindami precedentu grindžiamą normą ir pripažindami, kad yra tam tikra šios normos išimtis, į kurią anksčiau nebuvo atsižvelgta, o jeigu ir buvo atsižvelgta, ši išimtis buvo palikta atvira. Šis ankstesniosios bylos „išskyrimo" procesas apima tam tikrų teisinę reikšmę turinčių šios ir dabar sprendžiamos bylos skirtumų suradimą, o tokių skirtumų grupės niekuomet negalima išsamiai apibrėžti. Kita vertus, teismai, sekdami ankstesniuoju precedentu, gali ignoruoti ankstesniojoje byloje suformuluotos normos nustatytas šio precedento ribas, nes šito esą nereikalaujanti jokia įstatymo ar ankstesniojo precedento nustatyta norma. Taip elgiantis norma išplečiama. Nepaisant šių dviejų precedento saistomosios galios paliktų atvirų legislatyvinės veiklos formų, angliškosios precedentų sistemos rezultatas yra tai, kad taikant šiuos precedentus buvo sukurta daugybė normų, kurių didžioji dauguma – ir svarbių, ir ne tokių svarbių – yra tokios pat apibrėžtos, kaip ir bet kuri įstatymo norma. Dabar jas galima pakeisti tik įstatymu, kaip dažnai skelbia patys teismai, sprendžiantys bylas, kurių „konkrečios aplinkybės" prieštarauja susiklosčiusių precedentų reikalavimams.

Atviroji teisės struktūra reiškia, jog iš tikrųjų yra tokių elgesio sričių, kuriose daugelis dalykų turi būti paliekama teismo arba pareigūnų žiniai, kad šie, atsižvelgdami į aplinkybes, galėtų nustatyti pusiausvyrą tarp konkuruojančių interesų, kurių svoris kiekvienoje byloje yra vis kitoks. Ir vis dėlto didžioji teisės gyvenimo dalis – tai ir pareigūnų, ir

privačių asmenų orientavimas į apibrėžtas normas, *nereikalaujančias,* kaip kintami modeliai, kad jie kiekvienu konkrečiu ateju priimtų naują sprendimą. Nors dėl kiekvienos normos (nesvarbu, rašytinės ar perduodamos precedentu) taikymo konkrečiu atveju gali kilti neaiškumų, šis ryškiausias socialinio gyvenimo faktas tebegalioja. Čia normų paraštėse ir precedentų teorijos paliktose atvirose srityse teismai atlieka normų kūrimo funkciją, kurią administraciniai organai dažniausiai atlieka konkretizuodami kintamus modelius. *Stare decisis* tvirtai pripažįstančioje sistemoje ši teismų funkcija yra labai panaši į deleguotųjų administracinio organo teisėdaros galių realizavimą. Anglijoje šį faktą dažnai padaro neaiškų formos: juk teismai dažnai neigia vykdą šią kūrybinę funkciją ir primygtinai tvirtina, jog tikrasis įstatymų aiškinimo ir precedentų taikymo tikslas yra atitinkamai „įstatymų leidybos institucijos ketinimų" arba jau egzistuojančios teisės ieškojimas.

2. Skeptiškų požiūrių į normas įvairovė

Mes gana plačiai aptarėme atvirąją teisės struktūrą, nes šį jos bruožą svarbu matyti teisingoje šviesoje. Jeigu jis suvokiamas neteisingai, tai visuomet skatina hiperbolizuoti, dėl to kiti teisės bruožai tampa neaiškūs. Kiekvienoje teisinėje sistemoje plati ir svarbi sritis paliekama atvira; iš pradžių miglotiems jos modeliams apibrėžtumą suteikia, įstatymų neaiškumus pašalina arba tik bendrais bruožais perduodamas autoritetingais precedentais normas plėtoja ir konkretizuoja teismai ir kiti pareigūnai, realizuojantys savo diskreciją. Ši jų veikla yra svarbi ir nepakankamai ištirta; vis dėlto ji neturėtų užgožti tos aplinkybės, kad ir tas kontekstas, kuriame ši veikla vyksta, ir jos svarbiausias galutinis rezultatas yra iš bendrųjų normų srities. Tai yra nor-

mos, dėl kurių taikymo individai kiekvienu konkrečiu atveju gali spręsti nesikreipdami į pareigūnus, kad šie duotų tolesnius nurodymus ar realizuotų savo diskreciją.

Gali atrodyti keista, jog galima rimtai suabejoti tvirtinimu, kad normos sudaro teisinės sistemos struktūros šerdį. Vis dėlto „skeptiškas požiūris į normas", t.y. tvirtinimas, jog visa kalba apie normas yra tik mitas, slepiantis tiesą, kad teisę sudaro tik teismų sprendimai ir jų numatymas, teisininkų mąstymui gali padaryti galingą poveikį. Kai tai sakoma kategoriškai ir abstrakčiai, turint galvoje ir antrines, ir pirmines normas, toks tvirtinimas išties yra gana nenuoseklus, nes fakto, kad yra teismų sprendimai, konstatavimo negalima nuosekliai suderinti su normų buvimo neigimu. Taip yra todėl, kad, kaip matėme, teismų buvimas susijęs su buvimu antrinių normų, kurios suteikia jurisdikciją vieni kitus keičiantiems asmenims ir tokiu būdu jų sprendimus padaro autoritetingus. Žmonių, suvokiančių sprendimo ir jo numatymo sąvokas, bet ne normos sąvoką, bendruomenei *autoritetingo* sprendimo idėja, o drauge ir teismo idėja bus svetima. Joje nebus nieko, kas padėtų atskirti privataus asmens sprendimą nuo teismo sprendimo. Galima pabandyti vargais negalais sumažinti sprendimo nuspėjamumo trūkumus, pasitelkus „paklusimo iš įpročio" sąvoką ir laikant ją teismui reikalingos autoritetingos jurisdikcijos pagrindu. Bet tokiu atveju pamatysime, kad šiam tikslui vartojama įpročio sąvoka pati nukentės dėl visų neatitikimų, išryškėjusių, kai IV skyriuje bandėme šia sąvoka pakeisti legislatyvines galias suteikiančios normos sąvoką.

Kai kuriose nuosaikesnėse šios teorijos formose gali būti daroma nuolaida, kad jeigu yra teismai, turi būti ir juos sukuriančios teisės normos, o šios normos negali būti tiesiog teismų spendimų numatymas. Tačiau ši nuolaida pati savaime nepastūmėja mūsų toli į priekį. Juk šis teiginys būdingas tokiai teorijai, kuri teigia, kad įstatymai, kol jų

netaiko teismai, yra ne teisė, bet tik teisės šaltiniai, o tai nesuderinama su tvirtinimu, kad vienintelės egzistuojančios normos yra tos, kurių reikia teismams sukurti. Turi būti taip pat antrinės normos, suteikiančios legislatyvines galias vieni kitus keičiantiems asmenims. Taip yra todėl, kad ši teorija neneigia įstatymų buvimo; ji iš tikrųjų kalba apie juos kaip apie teisės „šaltinius" ir tik neigia, kad jie yra teisė, kol jų netaiko teismai.

Kad ir kokie svarbūs, o neapgalvotos šios teorijos formos atžvilgiu – ir įtikinami būtų šie prieštaravimai, jų negalima taikyti visiems šios teorijos variantams. Visai gali būti, kad skeptišku požiūriu į normas niekuomet nebuvo siekiama neigti teismo arba legislatyvines galias suteikiančių antrinių normų buvimo ir niekuomet nebuvo pretenduojama parodyti, jog šios normos yra tik sprendimai arba sprendimų numatymas ir niekas daugiau. Tie pavyzdžiai, kuriais dažniausiai rėmėsi šios rūšies teorija, iš tikrųjų yra paimti iš privačių asmenų pareigas nustatančių ar teises arba galias jiems suteikiančių normų srities. Ir vis dėlto, net jeigu tarsime, kad šia prasme yra riboti ir normų buvimo neigimas, ir tvirtinimas, jog tai, ką mes vadiname normomis, yra tik teismų sprendimų numatymas, ši teorija yra akivaizdžiai klaidinga bent vienu požiūriu. Juk negalima abejoti tuo, kad, šiaip ar taip, šiuolaikinėje valstybėje tam tikrose elgesio srityse žmonėms yra būdingas įvairiausias elgesys ir pažiūros, kurias mes pavadinome vidiniu požiūriu. Jų gyvenime įstatymai funkcionuoja ne tik kaip įpročiai arba kaip pagrindas, kuriuo remiantis nuspėjami teismų sprendimai ar kitų pareigūnų veiksmai, bet kaip akceptuoti teisiniai elgesio modeliai. Tai reiškia, kad individai ne tik gana tvarkingai daro tai, ko teisė iš jų reikalauja, bet ir žiūri į ją kaip į teisinį elgesio modelį ir remiasi ja kritikuodami kitus arba teisindami savo reikalavimus bei pripažindami kitų kritiką ir reikalavimus. Šitaip normatyviškai naudodami teisės

normas, žmonės neabejodami pripažįsta, jog teismai ir kiti pareigūnai ir toliau priiminės sprendimus ir elgsis tam tikru įprastiniu, vadinasi, nuspėjamu, būdu pagal sistemos normas; bet tai, kad žmonės neapsiriboja išoriniu požiūriu, t.y. teismų sprendimų fiksavimu ir numatymu arba galimu sankcijų taikymu, yra įsidėmėtinas socialinio gyvenimo faktas. Priešingai, žmonės nuolat normatyviniais terminais išreiškia bendrą teisės, kaip elgesio orientyro, akceptavimą. III skyriuje mes gana plačiai nagrinėjome poziciją, kad tokie normatyviniai terminai, kaip „prievolė", reiškia tik pareigūnų elgesio numatymą ir nieko daugiau. Jeigu, kaip mes įrodinėjome, ši pozicija yra klaidinga, teisės normos socialiniame gyvenime funkcionuoja būtent kaip teisės normos: jos yra *naudojamos* kaip normos, o ne kaip įpročių ar numatymų aprašymai. Be jokios abejonės, tai yra normos, kurioms būdinga atvira struktūra, o ten, kur ši struktūra yra atvira, individai gali tik numatyti, kokius sprendimus priims teismai, ir atitinkamai koreguoti savo elgesį.

Į skeptišką požiūrį į normas tikrai reikia atkreipti dėmesį, tačiau tik kaip į teoriją, aiškinančią normų funkciją teismui priimant sprendimą. Pripažįstant visus prieštaravimus, į kuriuos jau buvo atkreiptas dėmesys, šitaip traktuojamas skeptiškas požiūris prilygsta tvirtinimui, kad – bent jau teismų atžvilgiu – atviros struktūros sritis niekaip neribojama, taigi kad žiūrėti į teisėjus kaip į turinčius paklusti normoms arba „privalančius" spręsti bylas taip, kaip jie ir sprendžia, yra ne tik beprasmiška, bet ir neteisinga. Teisėjų veikla gali būti pakankamai nuspėjama, įprastinė ir vieninga, o tai leidžia kitiems gyventi vadovaujantis teismų per ilgus laikotarpius priimtais sprendimais kaip normomis. Teisėjai, spręsdami bylas taip, kaip jie jas sprendžia, gali netgi jausti prievartą, ir šiuos jų jausmus irgi galima numatyti, tačiau, išskyrus tai, nėra nieko, ką galima būtų apibūdinti kaip normą, kurios jie laikosi. Nėra nieko, ką teismai laiko

teisingo teisėjų elgesio modeliu, vadinasi, jų elgesyje nėra nieko, kas liudytų esant normų akceptavimui būdingą vidinį požiūrį.

Kalbamąją teoriją, pateikiamą šia forma, bandoma paremti daugybe įvairių argumentų, turinčių labai skirtingą svorį. Tas, kuris skeptiškai žiūri į normas, kartais yra nusivylęs absoliutumo šalininkas; jis suprato, kad normos nėra viskas, kokios jos būtų formalisto rojuje arba tokiame pasaulyje, kuriame žmonės būtų tarsi dievai ir galėtų numatyti visus galimus faktų derinius, vadinasi, atviroji struktūra nebūtų būtinas normų bruožas. Taigi skeptiko koncepcija, nusakanti, ko reikia, kad egzistuotų normos, gali būti nepasiekiamas idealas; įsitikinęs, jog tai, ką vadiname normomis, neprilygsta šiam idealui, jis išreiškia savo nusivylimą neigdamas normų buvimą ar jų buvimo galimybę apskritai. Todėl pagrįsti skeptiko pozicijai dažnai remiamasi tuo faktu, kad atviroji struktūra būdinga toms normoms, kuriomis teigia esą susaistyti bylą sprendžiantys teisėjai, arba kad yra šių normų išimčių, kurių iš anksto negalima konkrečiai apibrėžti, ir tuo faktu, kad nukrypimas nuo normų neužtrauks teisėjui fizinės sankcijos. Šie faktai pabrėžiami siekiant parodyti, kad „normos yra svarbios tiek, kiek jos padeda jums numatyti, ką darys teisėjai. Išskyrus tai, kad jos yra gražūs žaisliukai, tai yra visa jų svarba“[24].

Šitai tvirtinti tolygu nekreipti dėmesio į tai, kuo normos iš tikrųjų yra bet kurioje realaus gyvenimo srityje. Tai reiškia, kad mums iškyla dilema: „Arba normos yra tai, kuo jos turėtų būti formalisto rojuje, ir saisto taip, kaip saisto grandinės, arba jos yra ne normos, bet tik nuspėjami sprendimai arba elgesio pavyzdžiai“. Iš tikrųjų tai yra klaidinga dilema. Mes pažadame rytoj aplankyti draugą. Atėjus rytojui paaiškėja, kad, tesėdami savo pažadą, mes turėtume pa-

[24] Llewellyn, *The Bramble Bush* (2nd ed), p. 9.

likti ką nors pavojingai sergantį. Šitokia priežastis laikoma pateisinančia pažado netesėjimą, bet šis faktas jokiu būdu nereiškia, jog nėra normos, reikalaujančios, kad pažadų būtų laikomasi, o yra tik tam tikras dėsningumas, kad jų yra laikomasi. Iš šio fakto negalima daryti išvados, kad yra tokių normų išimčių, kurių negalima išsamiai numatyti, kad kiekvienoje situacijoje mums paliekama vadovautis savo nuožiūra ir kad mes niekuomet neprivalome tesėti pažadų. Norma, kuri baigiasi žodžiu „iškyrus...", tebėra norma.

Kartais neigiama, jog esama teismus įpareigojančių normų; taip yra todėl, jog klausimas, ar asmuo, veikiantis tam tikru būdu, šitaip parodo akceptuojąs normą, reikalaujančią, kad jis veiktų būtent šituo būdu, yra painiojamas su psichologiniu klausimu dėl mąstymo proceso, kurį šis asmuo patyrė prieš arba jau veikdamas. Labai dažnai asmuo, akceptuojantis normą kaip įpareigojančią ir kaip tai, ko nei jis, nei kiti negali laisvai pakeisti, apie tai, ko ši norma reikalauja tam tikroje situacijoje, sprendžia visiškai intuityviai ir daro tai, pirma nepagalvojęs nei apie normą, nei apie tai, ko ji reikalauja. Kai mes pagal taisykles pastumiame šachmatų figūrą arba sustojame degant raudonai šviesoforo šviesai, mūsų normoms paklūstantis elgesys dažnai yra tik tiesioginė reakcija į susidariusią situaciją, nenulemta jokių normomis pagrįstų išskaičiavimų. Kad tokie veiksmai yra tikrieji normos taikymo atvejai, įrodo jų santykis su tam tikromis aplinkybėmis. Kai kurios iš šių aplinkybių susiklosto anksčiau, negu atliekamas konkretus veiksmas, o kai kurios šį veiksmą lydi; dar kitas galima nusakyti tik bendrais ir hipotetiniais terminais. Pats svarbiausias iš šių veiksnių, liudijančių, jog atlikdami veiksmą mes taikėme normą, yra tai, kad *jeigu* mūsų elgesiu abejojama, mes šias abejones šaliname ir savo elgesį teisiname remdamiesi norma; o kad mes iš tikrųjų akceptuojame normą, liudija ne tik tai, jog mes anksčiau pripažinome ir dabar pripažįstame šią

normą ir elgiamės pagal ją, bet ir tai, jog mes kritikuojame savo pačių bei kitų nukrypimus nuo šios normos. Turėdami tokius ar panašius įrodymus, mes iš tikrųjų galime daryti išvadą, jog jeigu dar prieš mums „neapgalvotai" paklūstant normai mūsų paklaustų, kaip yra teisinga elgtis ir kodėl, mes – jeigu tik mūsų atsakymas būtų sąžiningas – nurodytume šią normą. Norint atskirti veiksmą, kuris iš tikrųjų yra atliekamas dėl to, kad laikomasi normos, nuo veiksmo, kuris tiesiog atsitiktinai su ja sutampa, skiriamasis požymis bus ne konkretus galvojimas apie normą, bet štai toks elgesio ir minėtųjų aplinkybių santykis. Būtent šitaip mes skirsime suaugusio šachmatininko ėjimą nuo teisingai pastūmusio figūrą mažo vaiko veiksmo ir įvardysime šį ėjimą kaip paklusimą akceptuotajai normai.

Tai nereiškia, kad negalima apsimesti arba „pasistengti „gerai pasirodyti" ir kad tai niekada nepavyksta. Visi empiriniai patikrinimai jau dėl pačios savo prigimties gali duoti klaidingus rezultatus, bet jie nėra neišvengiamai klaidingi; tai taikytina ir patikrinimui, ar asmuo tik *ex post facto* apsimetė, kad veikė pagal normos reikalavimus. Gali būti, jog tam tikroje visuomenėje teisėjai visų pirma priima sprendimus intuityviai, arba vadovaudamiesi nuojauta, ir tik po to iš teisės normų katalogo pasirenka tokią, kuri neva primena spręstąją bylą; tada jie gali tvirtinti, jog tai ir buvo toji norma, kurią jie laikė reikalaujančia jų sprendimo, nors niekas daugiau jų veiksmuose ar žodžiuose neskatina manyti, kad jie laikė šią normą juos įpareigojančia. Kai kurie teismų sprendimai gali būti tokie, bet visiškai akivaizdu, kad dauguma sprendimų, kaip ir šachmatininkų ėjimų, arba priimami iš tikrųjų stengiantis paklusti normoms, sąmoningai laikomoms šių sprendimų orientaciniais modeliais, arba – jeigu jie priimami intuityviai – teisinami remiantis normomis, kurių teisėjas turėjo laikytis iš pat pradžių ir

kurių tinkamumas konkrečiai bylai bus visuotinai pripažįstamas.

Paskutinioji, bet nė kiek ne mažiau įdomi skeptiško požiūrio į normas forma nesiremia nei teisės normų atviru pobūdžiu, nei daugelio sprendimų intuityviu pobūdžiu; ji remiasi tuo faktu, kad teismo sprendimas yra unikalus, nes jis yra autoritetingas, o aukščiausiųjų tribunolų atveju – galutinis. Ši teorijos forma, kuriai bus skirtas kitas skirsnis, tampa aiški iš garsiosios vyskupo Hoadly'o frazės, taip dažnai kartojamos Gray'aus knygoje *Teisės prigimtis ir šaltiniai:* „O ne, absoliučią valią aiškinti bet kokius rašytinius ar žodinius įstatymus turi ne tas asmuo, kuris pirmasis juos užrašo arba žodžiu išsako, bet tas, kuris įstatymus iš tikrųjų kuria".

3. Teismo sprendimo galutinumas ir neklaidingumas

Aukščiausiajam tribunolui priklauso paskutinis žodis dėl to, kas yra teisė, ir po to, kai jis ištarė jį, teiginys, kad teismas „suklydo", nesukelia sistemoje jokių pasekmių, nes juo nepakeičiamos niekieno teisės ar pareigos. Žinoma, šio sprendimo teisinę galią galima panaikinti įstatymu, bet jau pats faktas, kad reikia griebtis tokių priemonių, liudija, jog teisės požiūriu teiginys, kad teismo sprendimas buvo neteisingas, yra tuščias. Šie faktai verčia manyti, kad tik pedantas gali bandyti skirti aukščiausiojo tribunolo sprendimų galutinumą ir neklaidingumą. Iš to kyla kita neigimo, jog teismai priimdami sprendimus apskritai yra saistomi normų, forma: „Teisė (arba konstitucija) yra tai, ką teismai sako ją esant".

Įdomiausias ir labiausiai pamokomas kalbamosios teorijos formos bruožas yra tas, kad ji eksploatuoja tokių teigi-

nių, kaip „teisė (arba konstitucija) yra tai, ką teismai sako ją esant“, ir neoficialių teiginių apie teisę santykio su oficialiais teismo pareiškimais paaiškinimo, kurį teorija turi pateikti, kad būti nuosekli, dviprasmiškumą. Idant suvoktume šį dviprasmiškumą, mes nukrypsime į šalį ir panagrinėsime jo analogą iš žaidimų srities. Daugelis žaidimų, kurių metu varžomasi, žaidžiami be oficialaus taškų skaičiuotojo: nepaisant konkuruojančių interesų, žaidėjams gana neblogai sekasi taikyti konkretiems atvejams taškų skaičiavimo taisyklę; priimdami sprendimus, jie paprastai sutinka vieni su kitais, o neišsprendžiamų ginčų pasitaiko nedaug. Dar prieš paskiriant oficialų taškų skaičiuotoją žaidėjo, jeigu tik jis yra sąžiningas, teiginys apie žaidimo rezultatą yra bandymas įvertinti žaidimo eigą remiantis tam tikra šiame žaidime akceptuota taškų skaičiavimo taisykle. Šitokie teiginiai apie žaidimo rezultatą yra vidiniai taškų skaičiavimo taisyklės taikymu grindžiami teiginiai, kurie, nors jie ir daro prielaidą, kad žaidėjai apskritai paklus normoms ir prieštaraus, jeigu jos bus pažeidžiamos, nėra teiginiai apie šiuos faktus ar šių faktų numatymas.

Lygiai kaip ir pokyčiai, vykstantys brandžiai teisės sistemai keičiant paprotinę tvarką, žaidimo papildymas antrinėmis normomis, paskiriančiomis taškų skaičiuotoją, kurio sprendimai yra galutiniai, įveda į sistemą naują vidinių teiginių rūšį; juk, skirtingai nuo žaidėjų teiginių apie žaidimo rezultatą, taškų skaičiuotojo teiginiams antrinės normos suteikia statusą, padarantį juos nekvestionuojamus. *Šia* prasme iš tiesų žaidimo tikslams „rezultatas yra toks, kokį jį sako esant taškų skaičiuotojas“. Bet svarbu matyti, kad *taisyklė,* pagal kurią skaičiuojami taškai, lieka tuo, kuo ji buvo ligi šiol, o taškų skaičiuotojo pareiga yra taikyti ją kaip galima geriau. „Rezultatas yra toks, kokį jį sako esant taškų skaičiuotojas“, – jeigu šis teiginys reikštų, kad nėra jokios taškų skaičiavimo taisyklės, išskyrus tą, kurią taškų

skaičiuotojas savo nuožiūra nusprendė taikyti, šis teiginys būtų neteisingas. Iš tikrųjų toks žaidimas, kuriame vadovaujamasi šitokia taisykle, gali būti, o jeigu taškų skaičiuotojas savo diskreciją realizuoja bent kiek sistemingai, jį žaisti gali būti savotiškai įdomu; tačiau tai bus kitoks žaidimas. Tokį žaidimą galima būtų pavadinti „taškų skaičiuotojo diskrecijos" žaidimu.

Taškų skaičiuotojas ginčus išsprendžia greitai ir galutinai, bet visiškai aišku, kad už šiuos pranašumus reikia mokėti tam tikrą kainą. Paskyrus taškų skaičiuotoją, žaidėjai gali pakliūti į keblią padėtį: gali paaiškėti, jog noras, kad žaidimą kaip ir anksčiau reguliuotų taškų skaičiavimo taisyklė, ir noras turėti galutinius autoritetingus sprendimus dėl jos taikymo, kur kyla abejonių, yra vienas kitam prieštaraujantys tikslai. Taškų skaičiuotojas gali nuoširdžiai klysti, jis gali būti girtas arba lengvabūdiškai pažeisti savo pareigą taikyti taškų skaičiavimo taisyklę kaip galima geriau. Dėl bet kurios iš šių priežasčių jis gali įskaityti „perbėgimą" tada, kai betsmenas nė nepajudėjo. Gali būti nuspręsta taškų skaičiuotojo sprendimus taisyti kreipiantis į aukštesnę instituciją, bet kada nors tai turės baigtis galutiniu, autoritetingu sprendimu, priimtu žmonių, kuriems lemta klysti, todėl yra rizika, kad ir šis sprendimas gali būti priimtas nuoširdžiai suklydus, piktnaudžiaujant padėtimi arba pažeidžiant taisyklę. Neįmanoma kiekvienai normai sukurti papildomą normą, leidžiančią ištaisyti jos pažeidimo pasekmes.

Su institucijos, turinčios priimti galutinį autoritetingą sprendimą, įsteigimu susijusi rizika gali materializuotis bet kurioje srityje. Riziką, galinčią materializuotis kuklioje žaidimų srityje, verta paanalizuoti todėl, kad tai ypač aiškiai parodo, jog kai kurios skeptiškai į normas žiūrinčio asmens išvados ignoruoja tam tikrus skirtumus, be kurių negalima suvokti šios valdžios formos, kad ir kur ji būtų taikoma. Paskyrus oficialų taškų skaičiuotoją ir jo sprendimus dėl

rezultato pripažinus galutiniais, žaidėjų arba kitų nepareigūnų teiginiai dėl rezultato žaidime neturi jokio statuso; šie teiginiai žaidimo rezultatui neturi reikšmės. Jeigu atsitinka taip, kad jie sutampa su taškų skaičiuotojo teiginiais, – na ir puiku; bet jeigu jie šiems teiginiams prieštarauja, juos, apskaičiuojant rezultatą, reikia atmesti. Tačiau šiuos visiškai akivaizdžius dalykus suvoktume iškreiptai, jeigu žaidėjų teiginius laikytume taškų skaičiuotojo sprendimų numatymais, o šių teiginių atmetimą – tada, kai jie prieštarauja taškų skaičiuotojo sprendimams, – būtų absurdiška aiškinti teigiant, kad tai buvę tokie šių sprendimų numatymai, kurie pasirodė esą klaidingi. Formuluodamas savo teiginius dėl rezultato po to, kai buvo paskirtas oficialus taškų skaičiuotojas, žaidėjas daro tą patį, ką jis darė iki tol, – jis vertina žaidimo eigą, kaip galima geriau remdamasis taškų skaičiavimo taisykle. Tai yra lygiai tas pat, ką daro ir pats taškų skaičiuotojas, kol jis atlieka savo pareigas. Skirtumas tarp jų yra ne tas, kad vienas iš jų numato, ką sakys kitas, bet tas, kad žaidėjo teiginiai yra neoficialus taškų skaičiavimo taisyklės taikymas ir todėl, apskaičiuojant rezultatą, neturi reikšmės; tuo tarpu taškų skaičiuotojo teiginiai yra autoritetingi ir galutiniai. Svarbu pažymėti, kad jeigu žaidžiamas žaidimas būtų „taškų skaičiuotojo diskrecija“, tada santykis tarp neoficialių ir oficialių teiginių būtinai būtų kitoks: žaidėjo teiginiai ne tik *būtų* taškų skaičiuotojo sprendimų numatymas, bet jie ir *negalėtų* būti kas nors kita. Mat tokiu atveju teiginys „Rezultatas yra toks, kokį jį sako esant taškų skaičiuotojas“ pats būtų taškų skaičiavimo *taisyklė;* tada žaidėjo teiginiai jokiu būdu negalėtų būti tik neoficialios to, ką oficialiai daro taškų skaičiuotojas, versijos. Tada taškų skaičiuotojo sprendimai būtų kartu ir galutiniai, ir neklaidingi – antraip klausimas, ar jie yra klaidingi, ar neklaidingi, būtų beprasmiškas, nes taškų skaičiuotojui nebūtų kaip pasielgti „teisingai“ arba „neteisingai“. Bet papras-

tame žaidime teiginys „Rezultatas yra toks, kokį jį sako esant taškų skaičiuotojas" nėra taškų skaičiavimo taisyklė – tai yra norma, nustatanti taškų skaičiavimo taisyklės taikymo konkrečiais atvejais, kai tai daro taškų skaičiuotojas, autoritetingumą ir galutinumą.

Kita pamoka, kurią mums duoda šis autoritetingo sprendimo pavyzdys, susijusi su fundamentalesniais dalykais. Paprastą žaidimą nuo taškų skaičiuotojo diskrecijos žaidimo įmanoma atskirti jau vien dėl to, kad nors taškų skaičiavimo taisyklė, kaip ir kitos taisyklės, turi savą atviros struktūros sritį, kurioje taškų skaičiuotojas turi rinktis, ji vis dėlto turi ir aiškiai apibrėžtos prasmės šerdį. Kaip tik nuo šios šerdies taškų skaičiuotojui neleidžiama nutolti, ir kaip tik ji tam tikru mastu nustato teisingo ir neteisingo taškų skaičiavimo standartus ir neoficialius teiginius dėl rezultato formuluojančiam žaidėjui, ir oficialius sprendimus priimančiam taškų skaičiuotojui. Kaip tik tai leidžia sakyti, jog taškų skaičiuotojo sprendimai nors ir yra galutiniai, bet nebūtinai neklaidingi. Tas pat galioja ir teisei.

Ta aplinkybė, jog kai kurie taškų skaičiuotojo sprendimai paprasčiausiai yra neteisingi, tam tikra prasme nėra nesuderinama su žaidimo tąsa – šių sprendimų paisoma taip pat, kaip ir sprendimų, kurie yra neabejotinai teisingi; bet yra tam tikra riba, kiek neteisingų sprendimų toleravimas yra suderinamas su pačiu tolesniu žaidimu, ir ši situacija turi reikšmingą teisinę parabolę. Tas faktas, kad atskiri arba išimtiniai nukrypimai nuo standarto yra toleruojami, nereiškia, kad toliau nebežaidžiamas kriketas arba beisbolas. Kita vertus, jeigu šie nukrypimai nuo standarto yra dažni arba jeigu taškų skaičiuotojas atsisako taikyti taškų skaičiavimo taisyklę, kur nors turi būti riba, kai arba žaidėjai nebeakceptuoja standarto neatitinkančių taškų skaičiuotojo sprendimų, arba – jeigu jie juos akceptuoja – tai yra jau kitas žaidimas. Tai daugiau nebe kriketas ir ne beis-

bolas, bet „taškų skaičiuotojo diskrecija“, nes šių kitų žaidimų būdingas bruožas yra tai, kad jų rezultatai apskritai yra nustatomi taip, kaip tiesiogiai reikalauja ši taisyklė, kad ir kokią laisvę taškų skaičiuotojui paliktų jos atvira struktūra. Galima įsivaizduoti, jog tam tikromis sąlygomis turėtume teigti, kad žaidžiamas žaidimas iš tikrųjų yra „taškų skaičiuotojo diskrecija“, bet tas faktas, kad taškų skaičiuotojo sprendimai yra galutiniai žaidžiant visus žaidimus, nereiškia, jog visi žaidimai yra būtent tokie.

Šiuos skirtumus būtina turėti omenyje, vertinant tokią skeptiško požiūrio į normas formą, kuri remiasi teismo sprendimo kaip galutinio ir autoritetingo teiginio, kokia konkrečiu atveju yra teisė, unikaliu statusu. Palyginti su taškų skaičiuotojais, kurių sprendimai teisėdaroje nėra naudojami kaip precedentai, atviroji teisės struktūra palieka teismams kur kas platesnę ir daug svarbesnę teisėdaros galią. Kad ir ką nuspręstų teismai, ir dėl tų dalykų, kuriuos apima visiems atrodanti aiški taisyklės dalis, ir dėl tų, kurie priklauso taisyklės kvestionuojamajai ribinei sričiai, sprendimai galioja tol, kol įstatymas jų nepakeičia; aiškinant šiuos dalykus, teismai ir vėl turės tokį pat autoritetingą sprendžiamąjį balsą. Ir vis dėlto neišnyksta skirtumas tarp konstitucijos, kuri, sukūrusi teismų sistemą, nustato, kad teisė yra tai, ką mano esant reikalinga aukščiausiasis teismas, ir tikrosios Jungtinių Valstijų Konstitucijos, arba šiuo atveju bet kurios šiuolaikinės valstybės konstitucijos. Jeigu teiginį „Konstitucija (arba teisė) yra tai, ką ją sako esant teisėjas“ aiškintume taip, esą jis paneigia šį skirtumą, tai šis teiginys būtų klaidingas. Teisėjai – netgi aukščiausiojo teismo teisėjai – bet kuriuo konkrečiu momentu yra dalis tokios sistemos, kurios normos turi pakankamai aiškiai apibrėžtą centrą, įgalinantį pasiūlyti teisingo teismo sprendimo modelius. Teismai į šiuos modelius žiūri kaip į tai, ko jie, realizuodami savo valdžią priimti toje sistemoje nekvestio-

nuotinus sprendimus, negali ignoruoti. Kiekvienas atskiras teisėjas, pradėdamas eiti savo pareigas, kaip ir kiekvienas taškų skaičiuotojas, pradėdamas eiti savąsias, jau randa tradicija virtusią ir kaip šio pareigūno elgesio modelį akceptuotą normą, kaip antai normą, jog tai, ką nustato Karalienė Parlamente, yra teisė. Tai leidžia šias pareigas užimantiems asmenims veikti kūrybiškai, bet kartu ir apibrėžia jų veiklą. Tokie modeliai iš tikrųjų negalėtų ilgiau egzistuoti, jeigu jų nesilaikytų dauguma to meto teisėjų, nes šių modelių egzistavimas tam tikru konkrečiu metu reiškia, kad jie yra akceptuojami kaip teisingo bylų sprendimo standartai ir jų, kaip tokių, yra laikomasi. Bet dėl to šiuos modelius naudojantis teisėjas netampa jų autoriumi, arba, Hoadly'o žodžiais tariant, „įstatymų kūrėju", turinčiu teisę spręsti taip, kaip jam patinka. Teisėjų paklusimas modeliams reikalingas jiems palaikyti, bet teisėjai šių modelių nekuria.

Žinoma, gali atsitikti taip, jog, prisidengdami teismo sprendimų galutinumo ir autoritetingumo skydu, teisėjai susivienijęs gali atmesti egzistuojančias normas ir nebepripažinti, kad jų sprendimus kaip nors apriboja net aiškiausi Parlamento aktai. Jeigu dauguma jų sprendimų būtų tokie ir jie būtų akceptuojami, tai prilygtų sistemos transformacijai, analogiškai kriketo virtimu žaidimu „taškų skaičiuotojo diskrecija". Tačiau išliekanti tokių transformacijų galimybė nereiškia, kad šiuo metu sistema yra tokia, kokia ji būtų, jeigu transformacija įvyktų. Jokios normos negali būti apsaugotos nuo pažeidimų ar nuo jų atsisakymo; juk žmonėms niekada nei psichologiškai, nei fiziškai nėra neįmanoma jas sulaužyti ar jų atsisakyti; o jeigu pakankamai daug žmonių tai daro pakankamai ilgą laiką, normos nustoja egzistuoti. Bet tam, kad normos egzistuotų, nebūtina, jog bet kuriuo konkrečiu laikotarpiu jos šiomis neįmanomomis garantijomis būtų apsaugotos nuo sunaikinimo. Teiginys, jog

tam tikru metu yra norma, reikalaujanti, kad teisėjai Parlamento aktus arba Kongreso aktus akceptuotų kaip teisę, reiškia, jog, pirma, šiam reikalavimui yra visuotinai paklūstama, o atskiri teisėjai retai nuo jo nukrypsta ar atsisako jam paklusti; antra, kai arba jeigu tai atsitinka, absoliuti dauguma šį dalyką traktuoja arba traktuos kaip vertą rimtos kritikos ir kaip blogį, net jeigu dėl to, kad norma nustato, jog tokie sprendimai yra galutiniai, šios konkrečios bylos sprendimo pasekmių negalima pakeisti niekaip kitaip, kaip tik įstatymu, kuris, nors ir nepripažįsta šį sprendimą esant teisingą, bet pripažįsta jį galiojant. Logikos požiūriu įmanoma, kad žmonės gali sulaužyti visus savo pažadus – pirmiausia tikriausiai suvokdami, jog elgiasi blogai, o po to netgi šito nesuvokdami. Tuomet norma, reikalaujanti laikytis pažadų, nebeegzistuos; tačiau tai menkai paremtų požiūrį, kad šiuo metu tokios normos nėra ir kad pažadų iš tikrųjų laikytis nereikia. Lygiai taip pat ir teisėjų atveju pateikiamas argumentas, esą jie gali organizuoti dabartinės sistemos sunaikinimą, yra ne ką stipresnis.

Baigdami kalbėti apie skeptišką požiūrį į normas, turime pasakyti keletą žodžių apie šiuo požiūriu vadovaujantis formuluojamą pozityvią nuostatą, jog normos yra teismų sprendimų numatymai. Akivaizdu, ir tai ne kartą buvo sakyta, jog nepriklausomai nuo to, kiek ši nuostata yra teisinga, ji geriausiai gali būti taikoma tiems teiginiams apie teisę, kuriuos rizikuoja formuluoti privatūs asmenys arba jų patarėjai. Jos negalima taikyti pačių teismų teiginiams apie teisės normą. Pastarieji teiginiai turi būti arba nevaržomos diskrecijos žodinė priedanga, kaip tvirtino kai kurie radikalesni „realistai“, arba normų, kurias teismai, vadovaudamiesi vidiniu požiūriu, nuoširdžiai laiko teisingo sprendimo modeliais, formulavimas. Kita vertus, teismų sprendimų numatymai teisėje neabejotinai užima svarbią vietą. Susidūrę su atvirosios struktūros sritimi, į klausimą „Ką šiuo klausi-

mu sako teisė?“ labai dažnai galime pasiūlyti tik vieną vaisingą atsakymą – atsargiai numatyti tai, ką darys teismai. Maža to, netgi tada, kai visiems aišku, ko reikalauja normos, tai gali būti išreikšta teismo sprendimo numatymo forma. Bet svarbu pažymėti, jog ypač pastaruoju atveju, o įvairiu mastu ir pirmuoju atveju tas pagrindas, kuriuo remiasi šis numatymas, yra žinojimas, kad teismai žiūri į teisės normas ne kaip į numatymus, o kaip į modelius, kurių jie, priimdami sprendimus, turi laikytis, ir kad šie modeliai, nors ir pasižymintys atvira struktūra, yra pakankamai apibrėžti ir nors ir nepanaikina teisėjų diskrecijos, bet ją apriboja. Vadinasi, daugeliu atvejų numatymai to, ką darys teismai, yra tarsi mūsų numatymas, kad žaidžiantieji šachmatais rikį stumdys įstrižai: jie galiausiai remiasi nenumatomojo normų aspekto pripažinimu ir vidiniu požiūriu į normas kaip į modelius, kuriuos akceptuoja tie, kuriems šie numatymai taikomi. Tai yra tik V skyriuje jau akcentuoto fakto, kad, nors dėl normų buvimo kurioje nors socialinėje grupėje numatymai yra galimi, o dažnai netgi patikimi, šių normų ir šių numatymų negalima sutapatinti, dar vienas aspektas.

4. Pripažinimo taisyklės neapibrėžtumas

Formalizmas ir skeptiškas požiūris į normas yra teisės teorijos Scilė ir Charibdė; tai kraštutiniai požiūriai, naudingi tiek, kiek jie vienas kitą pataiso, bet tiesa yra tarp jų. Iš tikrųjų, norint smulkiai ir informatyviai apibūdinti šį vidurio kelią ir parodyti, kokie yra teismų, realizuojančių įstatymo arba precedento teisės atvirosios struktūros jiems paliktą kūrybinę funkciją, paprastai naudojami įvairūs samprotavimo būdai, reikia padaryti daug daugiau, negu mes galime padaryti čia. Bet šiame skyriuje mes jau daug ką

pasakėme, ir tai leidžia mums vaisingai grįžti prie svarbaus klausimo, kurį VI skyriaus pabaigoje atidėjome vėlesniam laikui. Tai buvo ne konkrečių teisės normų, bet pripažinimo taisyklės neapibrėžtumo, taigi ir svarbiausiųjų kriterijų, kuriuos teismai naudoja identifikuoti galiojančioms teisės normoms, neapibrėžtumo klausimas. Skirtumas tarp tam tikros normos neapibrėžtumo ir jai, kaip sistemos normai, identifikuoti naudojamo kriterijaus neapibrėžtumo ne visuomet yra aiškus. Bet jis aiškiausias tais atvejais, kai normas nustato autoritetingas įstatymo tekstas. Įstatymo žodžiai ir tai, ko jis tam tikru konkrečiu atveju reikalauja, gali būti visiškai aišku; ir vis dėlto gali kilti abejonių, ar įstatymų leidybos institucija turi galią tokiu būdu leisti įstatymus. Kartais išsklaidyti šioms abejonėms pakanka tik išaiškinti kitą, legislatyvines galias suteikusią, teisės normą, kurios galiojimu galbūt neabejojama. Taip bus, pavyzdžiui, tada, kai kvestionuojamas pavaldžios institucijos išleisto akto galiojimas, nes kyla abejonių dėl pavaldžios institucijos legislatyvines galias apibrėžiančio Parlamento aukštesnės galios akto prasmės. Tai yra tiesiog konkretaus įstatymo neapibrėžtumo arba atviros struktūros problema, bet fundamentalių klausimų šiuo atveju nekyla.

Nuo šių paprastų klausimų reikia skirti klausimus dėl pačios aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos teisinės kompetencijos. Tai klausimai, susiję su teisinio galiojimo galutiniais kriterijais; jie gali kilti net tokioje sistemoje, kaip mūsų pačių, kurioje nėra rašytinės konstitucijos*, apibrė-

* Įprasta manyti, jog Didžiojoje Britanijoje nėra kitoms šalims būdingos rašytinės konstitucijos. Tačiau šios nuomonės negalima suabsoliutinti, tarsi nebūtų ir jokio rašytinio akto arba aktų, turinčių konstitucinę reikšmę. Iš tikrųjų tokių aktų yra bent keletas, kaip antai Didžioji laisvių chartija (*Magna Charta,* 1215), Habeas Corpus aktas (*Habeas Corpus Act,* 1679), Teisių deklaracija (*Bill of Rights,* 1689) arba Santvarkos aktas (*Act of Settlement,* 1701), taip pat kai kurie kiti istoriniai teisiniai dokumentai. Tezė, jog Didžioji Britanija neturi rašytinės konstitucijos, yra teisinga tik tuo požiūriu, kad nėra *vieningos* konstitucijos, arba *vienintelio* ir

žiančios aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos kompetenciją. Didžiąja dauguma atvejų formulė „Tai, ką nustato Karalienė Parlamente, ir yra teisė" tiksliai išreiškia Parlamento teisinę kompetenciją nustatančią normą ir yra akceptuojama kaip galutinis kriterijus identifikuoti teisei, kad ir kokios atviros periferijoje būtų šitokiu būdu identifikuotos normos. Tačiau gali kilti abejonių dėl jos turinio arba dėl to, kokiu mastu ji taikytina; galima paklausti, ką reiškia „nustatyta Parlamento", o kai kyla abejonių, jas gali išsklaidyti teismai. Tad kokią išvadą dėl teismų vietos teisinėje sistemoje reikėtų padaryti iš to fakto, kad gali kelti abejonių teisinės sistemos svarbiausioji norma ir kad teismai gali šias abejones išsklaidyti? Ar tai reiškia, jog reikia kaip nors modifikuoti tezę, kad teisinės sistemos pagrindas yra teisinio galiojimo kriterijus apibrėžianti akceptuotoji pripažinimo taisyklė?

Kad atsakytume į šiuos klausimus, čia aptarsime kai kuriuos angliškosios parlamento suvereniteto doktrinos aspektus, nors, žinoma, panašių abejonių dėl teisinio galiojimo svarbiausiųjų kriterijų gali kilti bet kurioje sistemoje. Veikiami Austino doktrinos, skelbusios, kad teisė iš esmės yra teisiškai netramdomos valios produktas, senesnieji konstitucijos teoretikai rašė, jog logikos požiūriu būtinai turi būti įstatymų leidybos institucija, suvereni ta prasme, kad kiekvienu savo, kaip tęstinės institucijos, egzistavimo momentu ji yra laisva ne tik nuo *ab extra* nustatytų teisinių apriboji-

vientiso akto, kuriam būtų subordinuoti visi kiti teisės tradicijų reikšmę turintys teisės šaltiniai, arba tiesiog akto, kuris būtų vadinamas konstitucija. Būtų paradoksalu, jeigu šalis, kurioje, kaip dažnai tvirtinama, kilo ir buvo išplėtota konstitucionalizmo idėja, pati neturėtų to pagrindo, kuriuo ši idėja remiasi. Tačiau iš tiesų joks Didžiosios Britanijos Parlamento aktas nenustato, kad, pavyzdžiui, šalyje *turi būti* ministrų kabinetas arba ministras pirmininkas, t.y. kai kurie aiškiai konstituciniai klausimai yra sprendžiami ne leidžiant aukščiausiąją teisinę galią turinčius įstatymus (vieną įstatymą!), o vadovaujantis papročiais ir tradicijomis.

mų, bet ir nuo savo pačios anksčiau išleistų įstatymų. Tai, kad parlamentas šia prasme yra suverenus, dabar galima laikyti nustatytu faktu, o principą, kad joks ankstesnis parlamentas negali sutrukdyti savo „įpėdiniams" panaikinti jo išleistus įstatymus, teismai laiko svarbiausiosios normos – pripažinimo taisyklės, jų naudojamos identifikuoti galiojančioms teisės normoms, dalimi. Tačiau svarbu matyti, jog nei logikos, nei juo labiau esmės požiūriu nėra būtina, kad egzistuotų kaip tik toks parlamentas; tai tik vienas variantas iš daugelio kitų, lygiai taip pat įmanomų, bet taip jau atsitiko, kad mes jį akceptavome kaip teisinio galiojimo kriterijų. Šie kiti variantai remiasi kitu principu, kuris nė kiek ne mažiau, o gal net labiau yra vertas „suvereniteto" vardo. Tai yra principas, kad parlamentas *neturėtų* negalėti negrįžtamai apriboti savo įpėdinių legislatyvinės kompetencijos, bet, priešingai, turėtų turėti šią platesniąją galią nustatyti apribojimus pačiam sau. Tokiu atveju parlamentas bent vienąkart istorijoje galėtų realizuoti didesnės apimties legislatyvinę kompetenciją, negu jam leidžia minėtoji akceptuotoji susiformavusi doktrina. Reikalavimas, kad kiekvienu savo egzistavimo momentu parlamentas būtų laisvas nuo teisinių apribojimų, taip pat ir nuo tų, kuriuos jis pats sau nusistatė, galiausiai yra tik viena iš dviprasmiškos teisinės visagalybės idėjos interpretacijų. Ji faktiškai turi tokį pasirinkimą: arba *tęstinė* visagalybė visais klausimais, nedaranti įtakos vėlesnių parlamentų legislatyvinei kompetencijai, arba neribota *save apimanti* visagalybė, kurią galima realizuoti tik vienąkart. Šios dvi visagalybės koncepcijos turi savo atitikmenis – dvi visagalio Dievo koncepcijas: viena vertus, tai Dievas, kuris kiekvienu savo egzistavimo momentu turi tas pačias galias, vadinasi, negali jų apkarpyti, o kita vertus, tai Dievas, kurio galios apima galią sunaikinti savo visagalybę, kad jis ja nebesinaudotų ateityje. Kuria visagalybės forma, tęstine ar save apimančia, naudojasi mūsų Parla-

mentas – tai empirinis klausimas dėl to, kokią formą įgyja norma, akceptuojama kaip svarbiausias kriterijus identifikuoti teisei. Nors tai yra klausimas dėl teisinės sitemos pagrindą sudarančios normos, tai vis tiek yra klausimas dėl fakto, į kurį kiekvienu konkrečiu laiko momentu – bent jau keletu požiūrių – galima gana apibrėžtai atsakyti. Taigi aišku, kad šiuo metu akceptuojama norma yra tęstinio suvereniteto norma, taigi Parlamentas negali apsaugoti savo įstatymų nuo panaikinimo.

Vis dėlto, kaip ir bet kurios kitos normos atveju, tas faktas, kad Parlamento suvereniteto norma yra apibrėžta šiuo vienu požiūriu, nereiškia, kad ji yra apibrėžta visais požiūriais. Dėl jos gali kilti klausimų, į kuriuos šiuo metu negalima aiškiai atsakyti, kad tai yra teisinga arba neteisinga. Juos galima išspręsti tik padarant pasirinkimą, o padaryti tai turi tie, kurių pasirinkimui šiais klausimais galiausiai pripažįstama autoritetinga valdžia. Tokie Parlamento suvereniteto normos neapibrėžtumai reiškiasi štai tokiu būdu. Esamoji norma pripažįsta, jog Parlamentas negali kokio nors klausimo įstatymu negrįžtamai išbraukti iš Parlamento būsimosios įstatymų leidybos srities; tačiau galima įžvelgti skirtumą tarp akto, kuriuo kaip tik ir siekiama tai padaryti, ir akto, kuris, palikdamas Parlamentui laisvę leisti įstatymus bet kuriuo klausimu, siekia pakeisti įstatymų leidybos „būdą ir formą“. Pastarasis aktas, pavyzdžiui, gali reikalauti, kad tam tikrais klausimais negalėtų įsigalioti joks įstatymas, kuris nėra priimtas abejų kartu posėdžiaujančių rūmų dauguma arba kuris nėra patvirtintas plebiscitu. Šią nuostatą gali dar labiau „įtvirtinti“ išlyga, jog pakeisti pačią šią nuostatą galima tik laikantis tos pačios specialios procedūros. Toks dalinis įstatymų leidybos proceso pakeitimas kuo puikiausiai gali būti suderinamas su šiuo metu galiojančia norma, pagal kurią Parlamentas negali negrįžtamai suvaržyti savo įpėdinių; juk tuo, ką jis daro, siekiama ne

tiek *suvaržyti* įpėdinius, kiek eliminuoti juos *quoad** tam tikrų klausimų ir perduoti jų legislatyvines galias naujai specialiai institucijai. Todėl galima sakyti, jog šių specialių klausimų atžvilgiu Parlamentas ne „suvaržė" arba „supančiojo" Parlamentą, arba ne sumažino jo tęstinę visagalybę, bet „iš naujo apibrėžė" Parlamentą ir tai, ką reikia daryti, kad tai būtų įstatymų leidyba.

Paprastai tariant, jeigu tik šitoks mechanizmas teisiškai galiotų, jį naudodamas Parlamentas galėtų gauti praktiškai tokius pat rezultatus, kaip tie, kurių Parlamento galiai, atrodo, nepriskyrė akceptuotoji doktrina, kad Parlamentas negali suvaržyti savo įpėdinių. Taip yra todėl, kad nors skirtumas tarp tos srities, kurioje Parlamentas gali leisti įstatymus, apribojimo ir paprasčiausio įstatymų leidybos būdo bei formos pakeitimo kai kada iš tikrųjų yra pakankamai aiškus, šios dvi kategorijos faktiškai nepastebimai susilieja. Įstatymu, užfiksavusiu minimalų inžinierių darbo užmokestį ir po to nustačiusiu, kad įstatymo galios negali įgyti joks inžinierių atlyginimus reguliuojantis aktas, jeigu jo savo sprendimu nėra patvirtinusi Inžinierių sąjunga, ir dar labiau įtvirtinusiu šią nuostatą, galima iš tikrųjų pasiekti viską, ką tik galima praktiškai pasiekti įstatymu, „amžiams" užfiksavusiu darbo užmokestį ir po to šiurkščiausiu būdu uždraudusiu panaikinti patį šį įstatymą. Vis dėlto galima pateikti argumentą, kurį teisininkai pripažintų iš dalies pagrįstu, įrodantį, jog antrasis aktas negaliotų pagal šiuo metu akceptuojamą Parlamento tęstinio suvereniteto normą, tačiau pirmasis aktas nebūtų negaliojantis. Šis argumentavimas yra laipsniškas, kiekvienoje pakopoje nuosekliai fiksuojantis tai, ką gali daryti Parlamentas, bet kiekvienąkart keliantis vis daugiau abejonių, nors šiaip jau kiekvienas naujas argumentas yra ankstesniojo tąsa. Nė vienos iš šio argu-

* Atžvilgiu *(lot.)*.

mentavimo pakopų negalima atmesti kaip neteisingos, bet negalima ir besąlygiškai akceptuoti kaip teisingos, nes čia mes esame pačios fundamentaliausios sistemos normos atvirosios struktūros srityje. Čia bet kuriuo momentu gali kilti klausimas, į kurį nėra atsakymo – tik atsakymai.

Antai galima sutikti, jog Parlamentas gali negrįžtamai iš viso panaikinti Lordų rūmus ir tokiu būdu pakeisti dabartinę Parlamento sudėtį; tokiu atveju jis pranoktų 1911 m. ir 1949 m. Parlamento aktus, nustatančius, jog, leidžiant tam tikrus įstatymus, Lordų rūmų sutikimas nėra reikalingas; kai kurios institucijos juos linkusios aiškinti kaip tam tikrų Parlamento teisių delegavimą karalienei ir Bendruomenių rūmams, kuris gali būti atšauktas. Taip pat galima sutikti su tuo, ką teigė Dicey[25]: kad Parlamentas gali visiškai sunaikinti pats save, išleisdamas aktą, kuriuo skelbiamas jo galių pasibaigimas ir panaikinami įstatymai, pagal kuriuos ateityje turėtų būti renkami parlamentai. Tokiu atveju Parlamentas gali teisėtai papildyti šią legislatyvinę savižudybę aktu, kuriuo visos jo galios perduodamos kokiam nors kitam organui, sakykime, Mančesterio korporacijai. Jeigu jis gali padaryti šitai, negi jis negali teisėtai daryti menkesnių dalykų? Negi jis negali nutraukti savo galių leisti įstatymus tam tikrais klausimais ir perduoti jų naujam sudėtiniam dariniui, į kurį įeitų jis pats ir koks nors kitas organas? Jeigu taip, tai ar Vestminsterio statuto 4 skirsnis, nustatantis, jog dėl bet kurio įstatymo, liečiančio dominiją, reikalingas jos sutikimas, nepadarė šito Parlamento galių leisti įstatymus dominijai atžvilgiu? Teiginys, jog šios nuostatos panaikinimas be dominijos sutikimo galios, gali būti ne tik, lordo Sankey'o žodžiais tariant, „teorija", kuri „nė kiek nesusijusi su realybe". Tai gali būti bloga teorija – bent jau ne geresnė, negu jai priešinga. Pagaliau, jeigu Parlamentas gali per-

[25] *The Law of the Constitution* (10th edn.), p. 68 n.

tvarkyti pats save savo veiksmais, kodėl jis negali pertvarkyti savęs nustatydamas, kad Inžinierių sąjunga, kurios sutikimo reikalaujama leidžiant tam tikrų rūšių įstatymus, yra būtina sudedamoji šio proceso dalis?

Visiškai įmanoma, kad teismas, turintis spręsti su šiais dalykais susijusias bylas, vieną dieną parems arba atmes kai kurias iš šių problemiškų hipotezių, kuriomis – nors abejotinomis, bet ne akivaizdžiai klaidingomis – nuosekliai remiamasi šioje diskusijoje. Tuomet mums bus pateiktas atsakymas į jų keliamus klausimus; tol, kol egzistuoja sistema, šis atsakymas vienintelis iš visų įmanomų atsakymų turės autoritetingą statusą. Šiuo požiūriu teismai padarys aiškią svarbiausiąją normą, pagal kurią identifikuojama galiojanti teisė. Čia teiginys „Konstitucija yra tai, ką ją sako esant teismai" nereiškia, kad konkrečių aukščiausiųjų tribunolų sprendimų negalima ginčyti. Iš pirmo žvilgsnio vaizdas atrodo paradoksalus: štai teismai, kurie realizuoja kuriamąsias galias, nustatančias svarbiausiuosius kriterijus, pagal kuriuos turi būti patikrintas pačių įstatymų, suteikiančių teismams, kaip teisėjams, jurisdikciją, galiojimas. Kaip gali konstitucija suteikti valdžią pasakyti, kas yra konstitucija? Tačiau paradokso nebelieka, jeigu prisimename, kad nors kiekviena norma tam tikrais atžvilgiais gali būti abejotina, iš tikrųjų egzistuojančios teisinės sistemos būtina sąlyga yra tai, kad ne kiekviena norma gali būti abejojama visais atžvilgiais. Teismų galimybę turėti valdžią kiekvienu konkrečiu momentu spręsti šiuos svarbiausiųjų galiojimo kriterijų ribotumo klausimus lemia vien tik ta aplinkybė, kad tuo metu nekyla abejonių dėl šių kriterijų taikymo plačiai teisės sričiai, kartu ir minėtąją valdžią suteikiančioms normoms, nors jų kyla dėl šių kriterijų tikslios srities bei ribų.

Tačiau kai kam gali atrodyti, jog šitokio atsakymo į klausimą nepakanka. Gali atrodyti, kad šitoks atsakymas netiksliai nušviečia teismų veiklą fundamentalių normų, apibrė-

žiančių teisinio galiojimo kriterijus, periferijoje; taip gali būti dėl to, kad čia ši veikla pernelyg supanašėja su įprastinėmis bylomis, kurias nagrinėdami teismai kūrybiškai pasirenka, kaip aiškinti konkretų įstatymą, kuris pasirodė esąs neapibrėžtas. Visiškai aišku, kad tokių įprastinių bylų turi būti kiekvienoje sistemoje, todėl atrodo akivaizdu, kad jos turi būti dalis – galbūt tik numanoma – normų, pagal kurias teismai veikia taip, tarsi jie turėtų jurisdikciją jas spręsti pasirinkdami vieną iš įstatymo paliktų atvirų alternatyvų, net jeigu jie būtų linkę šį pasirinkimą pateikti kaip atradimą. Bet – bent jau tada, kai nėra rašytinės konstitucijos, – klausimams dėl fundamentalių galiojimo kriterijų dažniausiai *nėra* būdinga ši anksčiau numanoma savybė, todėl logiška teigti, kad, iškilus šiems klausimams, teismai pagal galiojančias normas jau turi aiškią valdžią spręsti šios rūšies klausimus.

Atrodo, jog viena iš „formalistinių" klaidų rūšių gali būti nuomonė, kad kiekvieną teismo žingsnį apima tam tikra bendroji norma, iš anksto suteikianti teismui valdžią žengti šį žingsnį, todėl jo kuriamosios galios *visuomet* yra tam tikra deleguotųjų legislatyvinių galių atmaina. Bet iš tikrųjų gali būti, kad, kai teismai sprendžia su pačiomis fundamentaliausiomis konstitucinėmis normomis susijusius, tačiau iš anksto nenumatytus klausimus, valdžia juos spręsti jiems *suteikiama* ir akceptuojama po to, kai šie klausimai iškilo ir sprendimas yra priimtas. Gerai, jeigu tokią įvykių eigą lydi sėkmė. Galima įsivaizduoti situaciją, kai problemiškasis konstitucinis klausimas pernelyg radikaliai padalija visuomenę, kad jį būtų galima išspręsti teismui priimant sprendimą. Vienu metu su tradiciškai susiklosčiusiomis 1909 m. Pietų Afrikos Akto klauzulėmis susiję klausimai kėlė pernelyg didelę konflikto grėsmę, kad juos būtų buvę galima išspręsti teisinėmis priemonėmis. Bet kai sprendžiami ne tokie gyvybiškai svarbūs socialiniai klausimai, mes tiesiog ramiai

„nuryjame“ stulbinančią su pačiais teisės šaltiniais susijusios teisėjų teisėdaros veiklos dalį. Kai tai įvyksta, dažnai *retrospektyviai* pareiškiama, esą teismams visuomet buvo „būdinga“ teisė daryti tai, ką jie padarė, ir tuo gali būti nuoširdžiai tikima. Bet jeigu vienintelis šitokio pareiškimo teisingumo įrodymas yra sėkmė, lydėjusi tai, kas buvo padaryta, šis pareiškimas gali būti tik fikcija, kuria yra tikima.

Šiuo antruoju būdu, ko gero, teisingiausiai galima apibūdinti Anglijos teismų manipuliacijas su precedento saistomąja galia susijusiomis normomis: tai yra sėkmingas bandymas paimti valdžią ir ja naudotis. Čia valdžia įgyja autoritetą *ex post facto,* nes ją lydi sėkmė. Antai prieš Baudžiamajam apeliaciniam teismui priimant sprendimą dėl *Rex* v. *Taylor* bylos[26] galėjo atrodyti, jog klausimas, ar šis teismas turi teisę nuspręsti, kad jo nevaržo jo paties precedentai su subjekto laisve susijusiais klausimais, yra visiškai atviras. Bet sprendimas buvo priimtas ir dabar laikomas turinčiu įstatymo galią. Pareiškimas, esą teismui visuomet buvo būdinga teisė priimti tokį sprendimą, aišku, bus tik tam tikras būdas pavaizduoti šią situaciją tvarkingesnę, negu ji iš tikrųjų yra. Čia, pačioje šių fundamentaliausių dalykų sandūroje, mums derėtų pritarti tam, kuris į normas žiūri skeptiškai, – bet tegu jis nepamiršta, jog mes pritariame jam tik šioje sandūroje; tegu jis nebando nuslėpti nuo mūsų tos aplinkybės, jog teismai gali šitaip įspūdingai rutulioti pačias fundamentaliausias normas visų pirma dėl to, kad jie yra pelnę pagarbą neabejotinai normoms paklūstančiais veiksmais plačiausiose, pagrindinėse teisės srityse.

[26] [1950] 2 KB 368.

VIII

TEISINGUMAS IR MORALĖ

Mes buvome įsitikinę, jog, norint nušviesti teisės kaip socialinės kontrolės priemonės bruožus, būtina įvesti elementus, kurių negalima sukonstruoti pasitelkus įsakymo, grasinimo, paklusimo, įpročių ir visuotinumo idėjas. Pernelyg daug kas iš to, kas būdinga teisei, iškraipoma, bandant šiuos dalykus paaiškinti remiantis šiomis paprastomis sąvokomis. Taigi mums atrodė būtina socialinės normos idėją atskirti nuo visuotinio įpročio idėjos ir pabrėžti normų vidinį aspektą, kuris vadovaujantis šiomis normomis reiškiasi kaip nukreipiantis ir lemiamas elgesio modelis. Po to mes atskyrėme pirmines prievoles nustatančias normas nuo antrinių normų – pripažinimo, keitimo ir bylų sprendimo taisyklių. Pagrindinė šios knygos tema yra tokia: nors tais atvejais, kai žodis „teisė" vartojamas teisingai, ne visada galima abi šias normos rūšis aptikti kartu, tačiau, norint nušviesti daugelį būdingų teisės apraiškų, taip pat daugelį teisinės minties šerdį sudarančių idėjų, reikia remtis viena arba abiem šiomis normos rūšimis, todėl jų junginys teisingai gali būti laikomas teisės „esme". Šios svarbiausios vietos suteikimą pirminių ir antrinių normų junginiui mes grindžiame ne tuo, kad čia jos atliks žodyno funkciją, bet tuo, kad jos pasižymi didžiule aiškinamąja galia.

Dabar atidžiau pažvelkime į teiginį, kuriuo daugelį metų trunkančioje diskusijoje apie teisės „esmę" arba jos

„prigimtį“, arba „apibrėžimą“ dažniausiai remiamasi oponuojant paprastai liepimų teorijai, kurią mes atmetėme kaip netinkamą . Tai bendro pobūdžio teiginys, kad tarp teisės ir moralės yra ryšys, kuris tam tikra prasme yra „būtinas“, ir kad bandant analizuoti arba paaiškinti teisės sąvoką būtent šį ryšį reikia laikyti svarbiausiuoju dalyku. Šio požiūrio šalininkams gali nerūpėti ginčyti mūsų pateiktą paprastos liepimų teorijos kritiką. Jie net gali daryti prielaidą, kad ši kritika yra naudinga ir pažangi; mintis, kad teisės pažinimo išeities tašku iš tikrųjų reikėtų laikyti pirminių ir antrinių normų junginį, o ne grasinimais paremtus įsakymus, jiems gali pasirodyti priimtina. Bet jie pateiks argumentą, kad vien tik šito nepakanka: jie teigs, kad net šių elementų svarba esanti antrinė ir kad tol, kol nebus aiškiai nustatytas „būtinas“ teisės ryšys su morale ir įžvelgta jo didžiulė svarba, nebus galima išsklaidyti ūkanų, taip ilgai temdžiusių teisės pažinimą. Vadovaujantis šiuo požiūriu, kvestionuotinomis arba prieštaravimus keliančiomis teisės apraiškomis bus laikomos ne tik primityviųjų visuomenių teisė arba tarptautinė teisė, kurias manėme esant abejotinas dėl to, kad šiais atvejais nėra nei įstatymų leidybos institucijos, nei teismų su jų privalomąja jurisdikcija, nei centralizuotai organizuotų sankcijų. Šiuo požiūriu kur kas labiau kvestionuotinos atrodytų tų municipalinių teisinių sistemų, kurios iš pažiūros turi visą *juge, gendarme et legislateur** savybių komplektą, tačiau neatitinka tam tikrų fundamentalių teisingumo arba moralės reikalavimų, pretenzijos būti traktuojamoms kaip teisė. Pasak šv. Augustino: „Argi valstybės be teisingumo nėra tik didelės plėšikų gaujos?“[26]

Yra daug reikšmingų hipotezės, teigiančios, kad tarp teisės ir moralės yra būtinas ryšys, atmainų, bet ne visas iš jų

* Teisėjo, žandaro ir įstatymų leidėjo *(pranc.)*.

[26] *Išpažinimai*, iv.

lengva atpažinti dėl to, kad jos yra pernelyg aiškios. Pagrindiniai terminai „būtinas“ ir „moralė“ gali būti aiškinami labai įvairiai, tačiau ir šios pažiūros šalininkai, ir kritikai ne visuomet skirdavo šias skirtingas interpretacijas ir ne visuomet jas atskirai aptardavo. Radikaliausia, o dėl to ir akivaizdžiausia šios pažiūros apraiška siejama su tomistine prigimtinės teisės tradicija. Ją sudaro du teiginiai: pirma, yra tam tikri tikrosios moralės arba teisingumo principai, jie yra dieviškos prigimties, tačiau žmogaus protas juos gali atskleisti pats, be apreiškimo pagalbos; antra, žmonių sukurti įstatymai, prieštaraujantys šiems principams, nėra galiojanti teisė. *„Lex iniusta non est lex.“** Kitoms šios bendros pažiūros atmainoms būdingas kitoks požiūris ir į moralės principų statusą, ir į teisės ir moralės konflikto pasekmes. Kai kurios iš jų morale laiko ne nekintamus arba protu atskleidžiamus elgesio principus, bet žmonių požiūrių į elgesį, kurie įvairiose visuomenėse arba įvairių individų gali būti skirtingi, išraiškas. Tokiose teorijose paprastai taip pat laikomasi nuomonės, jog konflikto tarp teisės ir netgi pačių fundamentaliausių moralės reikalavimų nepakanka, kad norma prarastų savo, kaip teisės, statusą; šios teorijos „būtiną“ teisės ir moralės ryšį aiškina kitaip. Šios teorijos teigia, kad teisinė sistema negalėtų egzistuoti, jeigu nebūtų plačiai, nors nebūtinai visuotinai, pripažįstama moralinė prievolė paklusti įstatymui, nors tam tikrais konkrečiais atvejais šią prievolę gali nustelbti dar stipresnė moralinė prievolė nepaklusti tam tikriems moralės požiūriu ydingiems įstatymams.

Visapusiškas įvairiausių teorijos, teigiančios tarp teisės ir moralės esant būtiną ryšį, atmainų nagrinėjimas įklampintų mus į moralės filosofijos problematiką. Bet dėmesingam skaitytojui, norinčiam susidaryti pagrįstą nuomonę apie

* „Neteisingi įstatymai nėra įstatymai“ *(lot.)*.

šitokių teiginių teisingumą ir svarbą, to nereikia. Tam labiausiai reikia atskirti ir identifikuoti kai kuriuos ilgą laiką painiotus dalykus, kuriuos mes aptarsime šiame ir kitame skyriuose. Pirmoji iš šių problemų yra susijusi su bendrajai moralės sričiai priklausančios specifinės teisingumo idėjos ir jos tam tikrų požymių, dėl kurių moralės ryšys su teise tampa ypač glaudus, išskyrimu. Antroji susijusi su ypatybėmis, skiriančiomis moralės normas ir principus ne tik nuo teisės normų, bet ir nuo visų kitų socialinių normų arba elgesio modelių rūšių. Šitos dvi problemos yra šio skyriaus dalykas; trečioji problema – tai tos įvairios prasmės ir atžvilgiai, kuriais teisės normas ir moralę galima teigti esant susijusias; šiai problemai skirtas kitas skyrius.

1. Teisingumo principai

Terminai, kuriuos teisininkai dažniausiai vartoja girdami arba smerkdami teisę arba jos administravimą, – tai žodžiai „teisėta“ ir „neteisėta“; teisininkų raštuose šie žodžiai labai dažnai vartojami taip, tarsi teisingumo ir moralės idėjos reikštų tą patį dalyką. Iš tikrųjų yra labai svarių priežasčių, dėl kurių kritikuojant teisinius reiškinius teisingumui turėtų būti skiriama pati reikšmingiausia vieta; vis dėlto svarbu suprasti, kad tai yra specifinis moralės aspektas ir kad įstatymai bei įstatymų administravimas gali turėti įvairiausių pranašumų arba jų stokoti. Norint parodyti šį specifinį teisingumo pobūdį, pakanka trumpai prisiminti keletą įprastų moralinio sprendimo rūšių. Apie asmenį, kuris itin žiauriai elgėsi su savo vaiku, paprastai bus sprendžiama kaip apie padariusį tai, kas morališkai *klaidinga, bloga* ar net *nedora,* arba kaip apie nepaisiusį savo moralinės *prievolės* arba pareigos savo vaikui. Bet kritikuoti jo elgesį kaip *neteisingą* būtų keista. Taip yra ne todėl, kad žodžio „neteisinga“ smer-

kiamoji galia yra pernelyg silpna, bet todėl, kad moralinė kritika, grindžiama teisingumo arba neteisingumo kategorijomis, savo esme paprastai skiriasi nuo kitų bendro pobūdžio moralinės kritikos rūšių, tinkančių šiam konkrečiam atvejui ir išreiškiamų žodžiais „klaidinga“, „bloga“ arba „nedora“, ir yra specifiškesnė. Žodis „neteisinga“ būtų tinkamas, jeigu žmogus vieną iš savo vaikų pasirinktinai nubaustų sunkesne bausme negu kitus, padariusius tokį patį nusižengimą, arba jeigu jis nubaustų vaiką už kokį nors nusižengimą, nedėdamas pastangų išsiaiškinti, ar šis vaikas iš tikrųjų šį nusižengimą padarė. Pereikime nuo individualaus elgesio kritikos prie teisės kritikos: lygiai taip pat pareiškiant, jog įstatymas, reikalaujantis, kad tėvai leistų savo vaikus į mokyklą, yra geras įstatymas, galima išreikšti pritarimą šiam įstatymui, o pareiškiant, jog įstatymas, draudžiantis kritikuoti vyriausybę, yra blogas įstatymas, galima išreikšti nepritarimą tokiam įstatymui. Tokia kritika paprastai neišsakoma terminais „teisingumas“ arba „neteisingumas“. Kita vertus, žodis „teisinga“ būtų tinkama pritarimo įstatymui, paskirstančiam mokesčių naštą pagal turtą, išraiška; taip pat žodis „neteisinga“ būtų tinkamas išreikšti nepritarimą įstatymui, draudžiančiam spalvotiesiems žmonėms naudotis visuomeninio transporto priemonėmis arba lankytis parkuose. Galime tvirtinti, kad įstatymas yra geras, nes jis yra teisingas, arba kad jis yra blogas, nes neteisingas, ir neliksime nesuprasti, bet negalime teigti, kad įstatymas yra teisingas, nes jis yra geras, arba kad įstatymas yra neteisingas, nes blogas; iš to akivaizdu, kad teisinga ir neteisinga yra specifiškesnės moralinės kritikos formos, negu gera ir bloga arba teisinga* ir klaidinga.

* Lietuvių kalbos žodį *teisinga* atitinka bent keletas anglų kalbos žodžių; šiuo atveju Hartas nurodo skirtumą (kartu ir tam tikrą panašumą ar bent ryšį) tarp žodžių *just* ir *right*. *Just* (kilęs iš lotynų kalbos žodžio *iustus,* kurio tiesioginis ryšys su kitu lotynų kalbos žodžiu *iustitia*, reiškiančiu *teisę*, yra akivaizdus) siejamas su teisingumo *(justice)* idėja; šios

Skiriamieji teisingumo požymiai ir jų ypatingas ryšys su teise pradeda aiškėti tada, kai pastebime, jog didžioji dalis kritikos, formuluojamos vartojant terminus „teisinga“ ir „neteisinga“, beveik lygiai taip pat gali būti išsakyta vartojant žodžius „nešališka“ ir „šališka“*. Nešališkumas nėra tiesiog tapatus moralei apskritai; nuorodos į nešališkumą labiau-

kategorijos priešingybė yra *unjust*, arba *neteisinga*. *Right*, kuris į lietuvių kalbą, deja, irgi verčiamas *teisinga*, siejamas ne su teisingumu kaip moralinio pobūdžio kategorija, bet su neklaidingumu; šios kategorijos priešingybė yra *wrong*, arba *klaidinga* (kiek kitokiame kontekste *right* gali būti verčiama *gėris*, o *wrong* – *blogis*). Kaip matome, Hartas aiškiai skiria „moralinį“ teisingumą nuo grynai „formalaus“ teisingumo, interpretuojamo kaip neklaidingumas, neprotingumas, neišmintingumas, tiesiog praktinio (bet ne principinio) pobūdžio klaida, bet kartu įkurdina juos vienos „talpesnės“ kategorijos – plačiai interpretuojamos moralės reiškinių, arba moralinės tikrovės – srityje. Reikia pripažinti, kad tokia šių terminų vartojimo tradicija iš principo būdinga daugeliui teisės filosofijos ir teisės teorijos mokyklų, tačiau ne visoms: kai kurios iš jų, ypač įvairios į kraštutinumus linkusios teorijos (pavyzdžiui, grindžiamos „grynojo“ pragmatizmo filosofija arba itin skeptiškai vertinančios socialinius ir politinius reiškinius, arba absoliučiai neigiančios prigimtinės teisės doktrinos pažintinę svarbą, arba, priešingai, suabsoliutinančios moralinių elgesio vertinimo kriterijų reikšmę, arba ignoruojančios teisinius reiškinius žyminčių žodžių reikšmių tyrinėjimo svarbą pažįstant pačią teisinę tikrovę) šį skirtumą arba užmaskuoja, arba pernelyg pabrėžia. Kadangi nėra brandžios lietuviškos teisės teorijos terminijos, kai kurias Harto teorijos mintis nelengva perteikti nedviprasmiškai. Kita vertus, vienas iš stipriųjų Harto teorijos aspektų yra jo gebėjimas įžvelgti gilumines terminų prasmes ir tuo remiantis teoriškai modeliuoti „už jų“ transcenduojančius reiškinius, bet tai kartu yra ir bene problemiškiausias jo teorijos aspektas (nenorime sakyti „silpnoji vieta“), nes skirtingose kalbose (o Hartas kreipia dėmesį tik į anglų kalbą, tarsi kitų nė nebūtų) tie patys arba labai panašūs reiškiniai gali būti žymimi skirtingais terminais arba skirtingi reiškiniai žymimi tais pačiais terminais, jeigu tautos sąmonė, lemianti konkrečios kalbos formavimąsi ir raidą, įžvelgia kokias nors net ir neginiškų reiškinių sąsajas arba analogijas, kurių dėl vienokių ar kitokių priežasčių galbūt neįžvelgia (ar bent nefiksuoja) kitų tautų sąmonė.

* Originale vartojami žodžiai *fair* ir *unfair*, kuriuos (kaip ir anksčiau aptartuosius žodžius *just* ir *unjust*) irgi galima versti *teisinga* ir *neteisinga*; tačiau žodis *fair* taip pat gali būti verčiamas *nešališka* (*bešališka*), *dora*, *garbinga*, *sąžininga* ir pan. Šioje knygoje *fair* paprastai (bet ne visuomet) verčiamas *nešališka*, o *unfair* – *šališka*; tačiau kai kur Hartas, kalbėdamas apie nešališkumą, vartojo kitą (tik šią vienintelę reikšmę turintį) terminą – *impartial*, kuris taip pat verčiamas *nešališka*.

siai tinka dviem socialinio gyvenimo situacijoms. Viena iš šių situacijų – kai mums nerūpi atskiro individo elgesys, bet rūpi, kaip individų *klasės* traktuojamos tuomet, kai joms reikia paskirstyti tam tikrą naštą ar gėrybes. Taigi tai, kas paprastai laikoma nešališka arba šališka, yra „priklausanti dalis". Antroji situacija susiklosto tuomet, kai padaroma tam tikra žala ir už ją reikalaujama kompensacijos arba atlyginimo. Šios dvi situacijos – tai ne vieninteliai kontekstai, kai vertinama remiantis teisingumo arba nešališkumo kriterijais. Ne tik paskirstymą arba kompensacijas vadiname teisingomis arba nešališkomis, bet ir teisėją – teisingu arba neteisingu, teismo procesą – nešališku arba šališku, o asmenį – teisingai arba neteisingai nuteistu. Tai yra teisingumo sąvokos išvestinio taikymo atvejai, kuriuos galima paaiškinti, jeigu yra suprastas pirminis teisingumo sąvokos taikymas paskirstymo ir kompensacijos reiškiniams.

Šie įvairūs teisingumo idėjos taikymai remiasi bendru principu, jog individai turi teisę į tam tikrą lygią arba nelygią su kitais padėtį. Tai yra toks dalykas, kurį reikia gerbti socialinio gyvenimo vingiuose, kai tenka paskirstyti naštą arba gėrybes; tai taip pat yra toks dalykas, kurį reikia atstatyti, jeigu jis pažeistas. Vadinasi, teisingumas tradiciškai suprantamas kaip *pusiausvyros* arba *proporcijos* palaikymas arba atstatymas, o svarbiausiasis teisingumo priesakas dažnai formuluojamas taip: „Vienodas bylas traktuok vienodai"; tačiau pastarąją formuluotę reikia papildyti: „o skirtingas bylas – skirtingai". Todėl kai mes teisingumo vardu protestuojame prieš įstatymą, draudžiantį spalvotiesiems žmonėms lankytis viešuosiuose parkuose, mūsų kritikos esmė yra tai, kad toks įstatymas yra blogas, nes, paskirstydamas gyventojams viešųjų patogumų teikiamas gėrybes, jis skirtingai traktuoja asmenis, kurie visais reikšmingais požiūriais yra panašūs. Ir atvirkščiai, jeigu įstatymas yra giriamas kaip teisingas, nes jis iš tam tikros atskiros visuomenės dalies atima

tam tikrą privilegiją arba lengvatą, pavyzdžiui, mokesčių srityje, tai reiškia, jog vadovaujamasi mintimi, kad tarp privilegijuotosios klasės ir kitų bendruomenės narių nėra tokio reikšmingo skirtumo, kuris leistų šią klasę traktuoti kitaip. Šių paprastų pavyzdžių pakanka, kad įsitikintume, jog nors idėja „Vienodas bylas traktuok vienodai, o skirtingas bylas – skirtingai" yra svarbiausias teisingumo idėjos elementas, ji pati savaime yra neužbaigta ir nepapildyta negali pasiūlyti jokio aiškaus elgesio orientyro. Taip yra dėl to, kad bet kuri žmonių grupė tam tikrais požiūriais yra panaši į bet kurią kitą žmonių grupę, bet kitais požiūriais skiriasi nuo jos, ir tol, kol nėra nustatyta, kurie panašumai ar skirtumai yra reikšmingi, formuluotė „Vienodas bylas traktuok vienodai" yra tik tuščia forma. Kad ją užpildytume, mums reikia žinoti, kada, kokiems konkretiems tikslams bylas reikia laikyti vienodomis ir kokie skirtumai yra reikšmingi. Be šio tolesnio papildymo mes negalime imtis kritikuoti įstatymų ar kitų socialinių darinių kaip neteisingų. Nėra neteisinga, jeigu įstatymas, draudžiantis atimti gyvybę, traktuoja rudaplaukius žudikus taip pat, kaip ir kitus; tačiau, žinoma, įstatymas, traktuojantis rudaplaukius žudikus kitaip negu kitus žudikus, būtų neteisingas, kaip ir įstatymas, verčiantis vienodai traktuoti psichiškai sveikus asmenis ir psichinius ligonius.

Todėl teisingumo idėjos struktūra tam tikru požiūriu yra sudėtinga. Galima sakyti, kad ji susideda iš dviejų dalių: nekintamo arba pastovaus požymio, kurio koncentruota išraiška yra priesakas „Vienodas bylas traktuok vienodai", ir kintamo arba įvairuojančio kriterijaus, vartojamo apibrėžiant, kada, kokiam konkrečiam tikslui bylos yra vienodos arba skirtingos. Šiuo požiūriu teisingumas primena tikrumo arba aukštumo, arba šiltumo sąvokas, kurios, žinoma, remiasi tam tikru standartu, bet šis standartas įvairuoja, nelygu kokiai klasei priskiriamas daiktas, kuriam šios sąvokos

yra taikomos. Aukštas vaikas gali būti tokio paties ūgio, kaip ir žemaūgis žmogus, šiltą žiemą temperatūra gali būti tokia pati, kaip ir šaltą vasarą, o deimanto falsifikatas gali būti tikra antikvarinė vertybė. Bet, palyginti su šiomis sąvokomis, teisingumas yra kur kas sudėtingesnis dalykas, nes į jį įtrauktas kintamas standartas, nustatantis, kurie skirtingų atvejų panašumai yra reikšmingi, ne tik įvairuoja, nelygu kokiam objektui jis yra taikomas, bet dažnai gali būti kvestionuojamas netgi vienintelio objekto tipo atžvilgiu.

Kai kada žmonių panašumai ir skirtumai, kurių reikšmingumas leidžia teisinius reiškinius vertinti kaip teisingus arba neteisingus, iš tikrųjų yra visiškai akivaizdūs. Tai ypač pasakytina apie tuos atvejus, kai mums rūpi ne *įstatymo,* bet jo *taikymo* konkretiems atvejams teisingumas arba neteisingumas. Juk čia reikšmingus individų panašumus bei skirtumus, į kuriuos turi atkreipti dėmesį įstatymą taikantis asmuo, apibrėžia pats įstatymas. Sakyti, jog žudyti draudžiantis įstatymas taikomas teisingai, tolygu sakyti, jog šis įstatymas yra nešališkai taikomas visiems, kurie vienas į kitą panašūs tuo, kad padarė šio įstatymo draudžiamą dalyką, ir tik jiems; jokia išankstinė nuostata ar interesas neprivertė taikytojo nukrypti nuo „vienodo" šių asmenų traktavimo. Todėl suprantama, kad teisingumo reikalavimais laikomi tokie procesiniai standartai, kaip *„audi alteram partem"**, „tegu niekas nebūna teisėjas savo paties byloje", o Anglijoje ir Amerikoje šie standartai dažnai nurodomi kaip prigimtinio teisingumo principai. Taip yra dėl to, kad šie dalykai yra nešališkumo ir objektyvumo garantijos, kurių paskirtis – užtikrinti, jog įstatymas būtų taikomas visiems tiems ir tik tiems, kurie yra panašūs reikšmingu paties įstatymo nurodytu aspektu.

Aišku, jog tarp šio teisingumo aspekto ir pačios idėjos, kad turi būti laikomasi normos nustatytos procedūros, yra

* „Išklausyk ir kitą šalį" (lot.).

labai glaudus ryšys. Iš tikrųjų galima sakyti, kad teisingas įstatymo taikymas skirtingiems atvejams paprasčiausiai reiškia, jog rimtai žiūrima į teiginį, kad tai, kas turi būti taikoma šiems skirtingiems atvejams, yra ta pati bendra norma, nepriklausoma nuo išankstinio nusistatymo, intereso ar kaprizo. Šis glaudus ryšys tarp teisingumo įgyvendinant teisę ir pačios normos kategorijos kai kuriuos žymius mąstytojus paskatino teisingumą tapatinti su paklusimu teisei. Bet tai yra klaida, nebent „teisei" specialiai suteiktume itin plačią prasmę; juk tokia teisingumo samprata nepaaiškina to fakto, kad kritika teisingumo vardu neapsiriboja teisės taikymu konkrečiais atvejais, bet ir patys įstatymai dažnai kritikuojami kaip teisingi arba neteisingi. Iš tikrųjų visai nėra absurdiška tokia prielaida, kad neteisingas įstatymas, draudžiantis spalvotiesiems asmenims lankytis parkuose, yra taikomas teisingai, nes pagal šį įstatymą baudžiami tik tie asmenys, kurie iš tikrųjų yra kalti pažeidę šį įstatymą, ir tik po nešališko teismo.

Pereikime nuo teisės taikymo teisingumo arba neteisingumo prie pačios teisės kritikos šiuo požiūriu: akivaizdu, kad dabar pati teisė jau negali apibrėžti, kokius individų panašumus ir skirtumus teisė turi pripažinti, kad jos normos vienodas bylas galėtų traktuoti vienodai, o dėl to ir pati teisė būtų teisinga. Vadinasi, čia yra plati erdvė abejonėms ir ginčams. Fundamentalūs bendrų moralinių ir politinių pažiūrų skirtumai gali lemti nesutaikomus nuomonių skirtumus ir nesutarimus dėl to, kokias žmonių ypatybes reikia laikyti reikšmingomis, kad teisę būtų galima kritikuoti kaip neteisingą. Antai ankstesniajame pavyzdyje vadindami neteisingu ir plūsdami įstatymą, draudžiantį spalvotiesiems žmonėms lankytis parkuose, mes rėmėmės tuo, kad paskirstant bent jau šitokius patogumus odos spalvos skirtumai yra nereikšmingi. Nėra jokios abejonės, jog šiuolaikiniame pasaulyje paprastai, nors ir ne visuotinai, pripa-

žįstama, kad bet kokios odos spalvos žmonės sugeba mąstyti, jausti ir kontroliuoti save ir kad tai yra esminiai žmonių panašumai, į kuriuos teisė turi kreipti dėmesį. Todėl daugelyje civilizuotų šalių iš esmės sutariama, kad ir baudžiamoji teisė (interpretuojama ne tik kaip apribojanti laisvę, bet ir kaip užtikrinanti apsaugą nuo įvairių rūšių žalos), ir civilinė teisė (interpretuojama kaip siūlanti žalos atlyginimą) būtų neteisingos, jeigu, paskirstydamos šią naštą ir gėrybes, skirtingai traktuotų asmenis pagal tokius jų požymius, kaip odos spalva arba religiniai įsitikinimai. Bet jeigu įstatymas diskriminuotų žmones, vietoj šių gerai žinomų žmogiškųjų prietarų *židinių* nurodydamas tokius akivaizdžiai nereikšmingus jų požymius, kaip ūgis, svoris arba grožis, toks įstatymas būtų kartu ir neteisingas, ir absurdiškas. Jeigu valstybinei bažnyčiai priklausantys žmogžudžiai būtų atleidžiami nuo mirties bausmės, jeigu ieškinius dėl šmeižto galėtų pateikti tik perai, jeigu už spalvotųjų asmenų užpuolimą būtų baudžiama švelniau, negu už baltųjų užpuolimus, daugelyje šiuolaikinių bendruomenių tokie įstatymai būtų smerkiami kaip neteisingi remiantis tuo, kad *prima facie**

* Visų pirma (lot.). Teisės literatūroje šis terminas vartojamas norint parodyti, jog tam tikram dalykui (pavyzdžiui, ginčui) konstatuoti kaip faktui nereikia jokių papildomų įrodymų, be tų, kurie jau yra surinkti arba kurie yra akivaizdūs. Tai nereiškia, kad *prima facie* faktų teisme arba kitame jurisdikciniame organe nereikia įrodyti, tačiau jų negalima „iš anksto" atmesti kaip nepagrįstų ar nepakankamų. Pavyzdžiui, *prima facie byla (prima facie case)* yra tokia byla, kurioje negalimas *tiesioginis verdiktas (directed verdict),* t.y. vienos iš šalių prašymu *(motion)* arba paties teismo iniciatyva *(sua sponte)* prisiekusiųjų teisme patiems prisiekusiesiems nedalyvaujant teisėjo priimtas verdiktas bylą atmesti, jos nenagrinėti, nes kita šalis nesugebėjo pateikti reikalingo minimumo faktų, liudijančių, kad tam tikras ginčas iš tikrųjų yra arba kad jis turi būti nagrinėjamas teisme, arba nesugebėjo ar neparodė noro gintis nuo pateiktų kaltinimų arba pretenzijų. Šia prasme *prima facie* sąvoka yra artima *prezumpcijos (presumption),* t.y. fakto pripažinimo teisėtai patikimu, kol neįrodyta kitaip, sąvokai ir priešinga *inferencijos (inference),* t.y. išvados, padarytos remiantis nustatytais faktais, sąvokai, bet kartu *prima facie* yra inferencijos, kuri yra būtinas teismo arba kito jurisdikcinio organo kiek-

žmonės turi būti traktuojami vienodai, o minėtosios privilegijos arba lengvatos nėra pagrįstos jokiais reikšmingais motyvais.

Iš tikrųjų šiuolaikiname žmoguje taip giliai įsišaknijęs principas, jog *prima facie* žmonės turi būti traktuojami vienodai, kad ten, kur įstatymai diskriminuoja pagal tokius dalykus, kaip odos spalva arba rasė, šis principas beveik visuotinai išpažįstamas bent jau žodžiais. Jeigu tokia diskriminacija yra užsipuolama, ji dažniausiai ginama teigiant, kad diskriminuojamoji klasė stokoja tam tikrų esminių žmogiškųjų savybių arba kad šių savybių ji kol kas nėra išsiugdžiusi; gali būti sakoma, jog teisingumo diktuojamus reikalavimus vienodai traktuoti žmones, deja, reikia paaukoti, kad būtų galima išsaugoti kokius nors vertingesnius dalykus, kuriems, jeigu nebūtų minėtosios diskriminacijos, kiltų grėsmė. Vis dėlto, nors šis pripažinimas žodžiais šiuo metu yra visuotinai paplitęs, visiškai įmanoma įsivaizduoti moralę, kuri apsieina be šių nenuoširdžių diskriminacijos ir nelygybės pateisinimo būdų, bet atvirai atmeta principą, jog *prima facie* žmonės turi būti traktuojami vienodai. Vietoj to galima manyti, jog žmonės natūraliai ir nekintamai priklauso tam tikroms klasėms, todėl kai kurie iš prigimties tinka būti laisvi, tuo tarpu kiti tinka būti jų vergais, arba, Aristotelio žodžiais tariant, gyvais kitų žmonių įrankiais. Čia nebėra *prima facie* žmonių lygybės nuostatos. Kai kuriuos šios pažiūros elementus galima aptikti Aristotelio ir Platono veikaluose, bet net juose neapsiribojama tik užuomina, jog nuodugniai ginant vergiją būtina parodyti, kad vergai nesugeba egzistuoti savarankiškai arba kad jie skiriasi nuo laisvųjų nesugebėjimu suvokti tam tikrą gero gyvenimo idealą.

vieno racionalaus sprendimo elementas, prielaida, nes viena iš pamatinių bendrosios teisės ginčų nagrinėjimo teisme taisyklių, vadinamoji *inferencijos taisyklė (rule of inference, rule of inference on inference)* skelbia, kad inferencija negali būti grindžiama kita inferencija.

Todėl aišku, jog reikšmingų panašumų arba skirtumų kriterijai dažnai gali įvairuoti, nelygu kokios yra fundamentalios konkretaus asmens ar visuomenės moralinės pažiūros. Ten, kur taip yra, teisės vertinimas kaip teisingos arba neteisingos gali susidurti su kitokios moralės įkvėptais priešingais vertinimais. Bet kartais pakanka atsižvelgti į tą neginčijamą tikslą, kurį turėtų realizuoti kvestionuojamasis įstatymas, kad paaiškėtų tie panašumai ir skirtumai, kuriuos teisingas įstatymas turėtų pripažinti, todėl vargu ar tokiais atvejais dėl šių panašumų ir skirtumų galėtų kilti kokių nors nesutarimų. Jeigu įstatymu siekiama teikti pagalbą skurstantiesiems, tai, laikantis principinio reikalavimo „Vienodos bylos turi būti traktuojamos vienodai", tikrai negalima nekreipti dėmesio į tai, kiek įvairūs pretendentai yra reikalingi tokios pagalbos. Panašus poreikio kriterijus besąlygiškai pripažįstamas ir tuomet, kai progresyviniai pajamų mokesčiai mokesčių naštą paskirsto pagal apmokestinamųjų asmenų turtą. Kartais reikšmingi yra asmenų *sugebėjimai* atlikti tam tikrą funkciją, su kuria siejamas kvestionuojamojo įstatymo įgyvendinimas. Įstatymai, nesuteikiantys vaikams arba psichiniams ligoniams balsavimo teisės arba teisės sudaryti testamentą ar sutartis, laikomi teisingais, nes tokie asmenys nesugeba šiais dalykais racionaliai naudotis, o psichiškai sveiki suaugusieji, kaip manoma, tai sugeba. Tokia diskriminacija remiasi pagrindu, kurio reikšmingumas šiuo atveju yra akivaizdus, tuo tarpu diskriminacija šiais klausimais pagal lytį arba pagal skirtingą žmonių odos spalvą tokio pagrindo neturi; tačiau, žinoma, pasisakant už moterų arba spalvotųjų žmonių priklausomybę buvo įtikinėjama, kad moterims ar spalvotiesiems žmonėms trūksta baltajam vyriškiui būdingo sugebėjimo racionaliai mąstyti ir priimti sprendimus. Aišku, šitokie įtikinėjimai reiškia pripažinimą, kad tokios teisės atveju teisingumo kriterijus yra lygūs sugebėjimai atlikti konkrečią funkciją, tačiau jeigu

nepateikiama jokių įrodymų, kad tokių sugebėjimų neturi moterys arba spalvotieji žmonės, šis principas ir vėl pripažįstamas tik žodžiais.

Kol kas mes kalbėjome apie teisingumą arba neteisingumą tų įstatymų, kuriuos galima laikyti *paskirstančiais* individams naštą ir gėrybes. Kai kurios iš šių gėrybių, kaip antai pagalba skurstantiesiems arba maisto daviniai, yra materialinės; kitos nėra materialinės, kaip antai baudžiamosios teisės teikiama apsauga nuo kūno sužalojimų arba įstatymų nustatytos sąlygos, susijusios su galimybe sudaryti testamentus arba sutartis, arba teisė balsuoti. Nuo paskirstymo šia plačiąja prasme reikia skirti vieno asmens kitam padarytos žalos *atlyginimą*. Šiuo atveju ryšys tarp to, kas yra teisinga, ir svarbiausiojo teisingumo priesako „Vienodas bylas traktuok vienodai, o skirtingas bylas – skirtingai", be abejonės, nėra toks tiesioginis. Bet jis nėra ir toks netiesioginis, kad jo nebūtų galima atsekti, ir tai galima parodyti šitaip. Įstatymai, nustatantys, kad asmenys turi atlyginti vienas kitam padarytus civilinius deliktus arba kitus teisės pažeidimus, gali būti laikomi neteisingais dėl dviejų skirtingų priežasčių. Viena vertus, jie gali nustatyti nevienodas privilegijas arba lengvatas. Taip būtų, jeigu ieškinius dėl šmeižto galėtų pateikti tik perai arba jeigu joks baltasis asmuo nebūtų atsakingas už tai, kad pažeidė spalvotojo asmens teises arba jį užpuolė. Trumpai sakant, tokie įstatymai pažeistų teisių ir pareigų atlyginti žalą nešališko paskirstymo principus. Bet tokie įstatymai gali būti neteisingi ir visai kitu požiūriu: nenustatydami jokios šališkos diskriminacijos, jie gali apskritai nenumatyti jokios teisinės apsaugos nuo asmenų vienas kitam daromos žalos, nors moralinė nuostata ir būtų tokia, kad atlyginimą reikėtų gauti. Tokiu atveju įstatymas, nors visus traktuojantis vienodai, būtų neteisingas.

Todėl tokių įstatymų yda būtų ne jų nustatytas neteisingas paskirstymas, bet atsisakymas visiems vienodai nustatyti atlyginimą už žalą, kurią padaryti kitiems yra moralinis blogis. Labiausiai rėžiantis akį tokio neteisingo žalos atlyginimo atsisakymo atvejis būtų sistema, kurioje niekas, nepelnytai patyręs fizinę žalą, negalėtų gauti nuostolių atlyginimo. Verta pažymėti, kad net jeigu baudžiamoji teisė tokį užpuolimą draustų bei nustatytų už jį bausmę, *šis* neteisingumas vis tiek išliktų. Galima nurodyti labai nedaug tokio nejautrumo pavyzdžių, tačiau tai, kad Anglijos teisė nenustato atlyginimo už kėsinimąsi į privatų gyvenimą (iš to dažnai turi naudos reklamuotojai), dažnai kritikuojama kaip tik šiuo požiūriu. Deliktų arba sutarčių teisės formalumai, leidžiantys „neteisėtai praturtėti" kito sąskaita, atliekant tam tikrus moraliniu blogiu laikomus veiksmus, taip pat kaltinami neteisingumu dėl to, kad nenustatomas žalos atlyginimas, kai morališkai jis laikomas reikalingu.

Žalos atlyginimo teisingumo ir neteisingumo ir principo „Vienodas bylas traktuok vienodai, o skirtingas – skirtingai" ryšį lemia tai, jog, be teisės, dar yra moralinis įsitikinimas, kad tie, kurie patenka į teisės akiratį, turi teisę tarpusavyje susilaikyti nuo tam tikrų žalingo elgesio rūšių. Tokia bent sunkiausias žalos rūšis uždraudžianti abipusių teisių ir prievolių struktūra yra kiekvienos socialinės grupės moralės pagrindas, bet tai nėra visa šios socialinės grupės moralė. Jos tikslas yra sukurti individų moralinę ir tam tikra prasme dirbtinę lygybę ir taip kompensuoti prigimtinę nelygybę. Antai moralinis kodeksas, draudžiantis žmogui apiplėšti kitą žmogų ar vartoti prieš jį smurtą net ir tuo atveju, kai jis, būdamas stipresnis ar gudresnis, galėtų tai padaryti nebaudžiamas, stiprųjį ir gudrųjį sulygina su silpnuoju ir kvailuoju. Jų bylos tampa morališkai vienodos. Todėl moralę ignoruojantis stipruolis, savo jėgą panaudojęs tam, kad padarytų žalą kitam žmogui, laikomas pažeidusiu šią mora-

lės sukurtą pusiausvyrą, arba lygybės tvarką; tuomet teisingumas reikalauja, kad piktadarys, kiek tai įmanoma, atstatytų šį moralinį *status quo**. Paprastu vagystės atveju tai bus tiesiog paimto daikto grąžinimas; kitokios žalos atlyginimas tėra šios primityvios idėjos išplėtimas. Manoma, jog tas, kuris tyčia arba dėl neatsargumo fiziškai sužalojo kitą asmenį, tarsi atėmė kažką iš savo aukos; nors jis to tiesiogiai ir nepadarė, ši analogija nėra visiškai dirbtinė, nes juk jis pasipelnė savo aukos sąskaita, net jeigu patirtoji nauda buvo tik malonumas sužaloti auką arba neatsisakymas tam tikrų patogumų, kurių atsisakyti jam liepia pareiga imtis reikiamų atsargumo priemonių. Todėl kai, paklusdami teisingumo reikalavimui, įstatymai nustato, kad reikia atlyginti žalą, jie netiesiogiai pripažįsta principą „Vienodas bylas traktuok vienodai", nes nustato, kad turi būti atstatytas pažeistas moralinis *status quo,* kai ir auka, ir piktadarys yra lygūs ir vienodi. Bet galima įsivaizduoti, jog yra įmanoma tokia moralinė pažiūra, kuri tokiais atvejais nesiremia individų tarpusavio lygybės idėja. Moralinis kodeksas gali drausti barbarams užpulti graikus, bet leisti graikams užpulti barbarus. Tokiais atvejais gali būti manoma, jog moralė barbarą įpareigoja atlyginti graikui padarytą žalą, bet pats tokio atlyginimo jis neturi gauti. Čia viešpataus moralinė nelygybės tvarka, kai auka ir piktadarys traktuojami skirtingai. Kad ir kokia mums būtų atstumianti ši pažūra, pagal ją įstatymas bus teisingas tik tuomet, kai jis atspindės šį skirtumą ir skirtingas bylas traktuos skirtingai.

Šioje trumpoje teisingumo apybraižoje mes aptarėme tik keletą paprasčiausių jo taikymo atvejų, kad parodytume ypatingą teisingais laikomiems įstatymams priskiriamą tobulumo formą. Ji ne tik skiriasi nuo kitų pranašumų, kuriuos gali turėti arba kurių gali stokoti įstatymai, bet kai kada

* Esama arba buvusi padėtis (*lot.*).

teisingumo reikalavimai gali kirstis su kitais pranašumais. Taip gali atsitikti tada, kai teismas, skiriantis konkrečiam pažeidėjui bausmę už tam tikrą ypač paplitusį nusikaltimą, skiria jam griežtesnę bausmę negu kitose panašiose bylose, ir pripažįsta, jog tai yra „įspėjimas". Tai yra principo „Vienodas bylas traktuok vienodai" paaukojimas bendram visuomenės saugumui ir jos gerovei. Civilinėse bylose panašus teisingumo ir visuotinės gerovės konfliktas sprendžiamas pastarosios naudai tuomet, kai teisė nenustato jokio atlyginimo už tam tikrą moralinį blogį, nes norint priversti atlyginti žalą tokiose bylose gali kilti didelių sunkumų pateikiant įrodymus, arba tai pernelyg apkrautų teismus arba labai apsunkintų tam tikrą veiklą. Net jeigu padaromas moralinis bogis, jokia visuomenė negali pakęsti neriboto prievartinio teisės taikymo, todėl jis turi tam tikras ribas. Ir atvirkščiai, visuomenės gerovės labui teisė gali priversti asmenį, padariusį kitam žalą, ją atlyginti, net jeigu morališkai, teisingumo požiūriu, tai nelaikoma tinkamu dalyku. Dažnai sakoma, jog kaip tik taip būna tuomet, kai už pažeidimą yra nustatyta griežta atsakomybė nepriklausomai nuo to, ar žala buvo padaryta tyčia, ar dėl nerūpestingumo. Kai kada ši atsakomybės forma ginama tuo pagrindu, jog „visuomenės" interesai reikalauja, kad būtų atlyginta žala ją atsitiktinai patyrusiems; teigiama, jog lengviausias būdas tai padaryti yra užkrauti naštą tiems, kieno veiksmai, kad ir kaip rūpestingai kontroliuojami, buvo tokių nelaimingų atsitikimų priežastis. Jie paprastai turi storas pinigines ir galimybes apsidrausti. Jeigu pasirenkama šitokia gynyba, galima numanyti, jog apeliuojama į bendrą visuomenės gerovę, kuri, nors gali būti moraliai priimtina ir kartais net vadinama „*socialiniu* teisingumu", skiriasi nuo teisingumo, kuriam pirmiausia rūpi atstatyti, kiek tai įmanoma, *status quo* tarp dviejų individų, pirminių formų.

Reikia pažymėti, jog yra vienas svarbus teisingumo ir socialinio gėrio arba gerovės idėjų sąlyčio taškas. Tik labai nedidelė dalis socialinių pokyčių arba įstatymų yra vienodai priimtini visiems individams arba vienodai kelia jų gerovę. Tik įstatymai, susiję su pačiais elementariausiais poreikiais, tokiais kaip policijos apsauga arba keliai, prie to priartėja. Daugeliu atvejų teisė sudaro sąlygas vienai gyventojų klasei gauti naudą tik neleidžiant kitiems gauti tai, į ką šie pretenduoja. Parama skurstantiesiems gali būti teikiama tik iš gėrybių, priklausančių kitiems asmenims; visuotinis privalomas mokymas mokyklose ne tik gali reikšti, jog paminama norinčiųjų mokyti savo vaikus privačiai laisvė, bet ir gali būti finansuojamas tik mažinant kapitalo investicijas į pramonę arba senatvės pensijas, arba nemokamą medicinos pagalbą. Pasirinkus vieną iš šių konkuruojančių alternatyvų, ji gali būti ginama kaip priderama tuo pagrindu, kad tai buvo padaryta dėl „visuomenės gėrio" arba dėl „bendrojo gėrio". Ką šios frazės reiškia, nėra aišku, nes, atrodo, nėra tokių svarstyklių, kuriomis galima būtų pasverti įvairių alternatyvų įnašą į bendrąjį gėrį ir nustatyti, kuris iš jų didesnis. Tačiau aišku, kad jeigu bus pasirinkta iš anksto neapsvarsčius visų bendruomenės grupių interesų, pasirinkimą bus nesunku kritikuoti kaip naudingą tik vienai grupei ir neteisingą. Tačiau įstatymas bus apsaugotas nuo *šitokios* kritikos, jeigu įstatymų leidybos institucija nešališkai išnagrinėjo visų grupių pageidavimus, net jei galų gale vienos grupės reikalavimai buvo pajungti kitų grupių reikalavimams.

Tačiau kai kas gali įrodinėti, jog reikalavimas iš skirtingų klasių pageidavimų arba interesų pasirinkti tą, kuris tarnauja „bendrajam gėriui", faktiškai reikškia tik tai, kad visų jų pageidavimus prieš priimant sprendimą būtina nešališkai išnagrinėti. Nepriklausomai nuo to, ar tai tiesa, ar ne, aišku, jog teisingumas šia prasme yra mažių mažiausiai būti-

na sąlyga, kurią turi atitikti bet koks legislatyvinis pasirinkimas, siekiantis bendrojo gėrio. Mes čia susiduriame su dar vienu distributyvinio teisingumo aspektu, kuris skiriasi nuo mūsų aptartųjų paprastų formų. Tai, kas čia teisingai „paskirstoma“, yra ne kokia nors ypatinga gėrybė, į kurią pretenduoja priklausantys tam tikrai klasei, bet nešališkas dėmesys bei konkuruojančių pretenzijų į įvairias gėrybes apsvarstymas.

2. Moralinė ir teisinė prievolė

Teisingumas – tai tik viena moralės sritis, kurioje daugiausia dėmesio skiriama ne individualiam elgesiui, bet individų *klasių* traktavimo būdams. Kaip tik dėl to teisingumu ypač patogu remtis kritikuojant teisę ir kitus viešuosius arba socialinius institutus. Iš visų vertybių ši yra pati viešiausia ir labiausiai teisinė. Tačiau teisingumo principai neišsemia visos moralės idėjos, ir teisės moralinė kritika ne visuomet išsakoma teisingumo vardu. Įstatymus galima smerkti kaip morališkai blogus paprasčiausiai dėl to, kad jie reikalauja, jog žmonės atliktų tam tikrus veiksmus, kuriuos individams moralė draudžia atlikti, arba dėl to, kad jie reikalauja, jog žmonės susilaikytų nuo tam tikrų veiksmų, nors moralės požiūriu juos atlikti yra privalu.

Todėl būtina bendrais bruožais apibūdinti tuos su individų elgesiu susijusius principus, normas ir standartus, kurie priklauso moralės sričiai ir padaro elgesį morališkai privalomą. Čia mes susiduriame su dviem tarpusavyje susijusiais sunkumais. Pirmasis yra toks: žodžiui „moralė“ bei kitiems su juo susijusiems ar beveik sinonimiškiems žodžiams, kaip antai „etika“, būdinga sava nemenka neapibrėžtumo sritis, arba „atvira struktūra“. Yra tokių principų arba normų formų, kurias kai kas laikys moralinėmis, o kai

kas ne. Antra, net ir tuomet, kai šiais klausimais nuomonės sutampa ir tam tikri principai arba normos akceptuojamos kaip neginčijamai priklausančios moralės sričiai, gali būti didelių filosofinių nesutarimų dėl šių principų ar normų statuso arba jų santykio su visomis kitomis žmonių žiniomis bei patyrimu. Ar šie principai yra nekintami, ne žmonių sukurti, bet visatos organizacijos dalis, laukianti, kol juos atras žmogaus protas? O gal jie yra kintančių žmonių pažiūrų, pasirinkimų, reikalavimų arba jausmų išraiška? Tai dviejų moralės filosofijos kraštutinumų supaprastintos formuluotės. Tarp šių dviejų kraštutinumų yra daug sudėtingų ir rafinuotų variantų, kuriuos išplėtojo moralės esmę mėginę nušviesti filosofai.

Toliau mes stengsimės išvengti šių filosofinio pobūdžio sunkumų. Vėliau[27] mes identifikuosime keturis svarbiausius bruožus, nuolat aptinkamus paprastai „moraliu" vadinamo elgesio principuose, normose ir standartuose, ir aprašysime juos skyreliuose „Svarba", „Imunitetas valingam pakeitimui", „Moralinių nusižengimų tyčinis pobūdis" ir „Moralinio spaudimo forma". Šie keturi bruožai atspindi skirtingus būdingos ir svarbios funkcijos, kurią tokie standartai atlieka socialiniame gyvenime arba individų gyvenime, aspektus. Jau vien tuo galime pasiteisinti, kodėl reiškinius, pasižyminčius šiais keturiais bruožais, mes aptarsime atskirai ir visų pirma lyginsime su teise ir nustatinėsime jų skirtumus. Maža to, teiginys, kad moralei būdingi šie keturi bruožai, yra neutralus konkuruojančių filosofinių teorijų, aptariančių tiek jos *statusą,* tiek „fundamentalų" pobūdį, atžvilgiu. Nors filosofai tą faktą, jog moralei būdingi šie keturi bruožai, interpretuotų arba aiškintų labai skirtingai, bet, žinoma, jei ir ne visi, tai bent dauguma jų sutiktų, kad šie keturi bruožai yra būtini kiekvienai moralės normai arba principui. Išties

[27] Toliau, p. 286.

galima prieštarauti, kad nors šie bruožai yra būtini, bet tai nėra *vieninteliai* būtini moralės bruožai, ir jų nepakanka atriboti moralei nuo tam tikrų elgesio normų ar principų, kuriuos atskirti nuo moralės įgalintų tikslesnis kriterijus. Mes nurodysime aplinkybes, kuriomis remiasi tokie prieštaravimai, bet laikysimės platesnės „moralės" sampratos. Čia pasiteisinsime tuo, kad tai atitinka paplitusią vartoseną, be to, tai, ką šis žodis šia plačiąja prasme žymi, socialiniame ir individų gyvenime atlieka svarbią ir būdingą funkciją.

Pirmiausia panagrinėkime socialinį reiškinį, dažnai įvardijamą kaip tam tikros visuomenės *„ši* moralė" arba kaip konkrečios socialinės grupės „akceptuotoji" ar „konvencionalioji" moralė. Šie posakiai – tai nuoroda į tam tikroje visuomenėje plačiai pripažįstamus elgesio standartus; šiuos standartus reikia skirti nuo tokių individo gyvenimą galinčių reguliuoti moralinių principų arba moralinių idealų, kurie nėra bendri jam ir kokiai nors didelei grupei su juo drauge gyvenančių asmenų. Socialinės grupės bendrosios arba akceptuotosios moralės šerdis yra tokios normos, kurias pavadinome pirminėmis prievoles nustatančiomis normomis ir kurias jau aprašėme V skyriuje, nušviesdami bendrąją prievolės idėją. Šios normos skiriasi nuo kitų ir galingu jas palaikančiu socialiniu spaudimu, ir tuo, kad joms paklūstant žymiu mastu paaukojamas individualus interesas arba polinkis. Tame pačiame skyriuje mes pavaizdavome ir tokią visuomenės raidos pakopą, kai šitokios normos yra vienintelės socialinės kontrolės priemonės. Mes pažymėjome, jog šioje pakopoje gali nebūti nieko, kas atitiktų labiau išsivysčiusiose visuomenėse konstatuojamą aiškų skirtumą tarp teisės ir moralės normų. Gali būti, jog tam tikra embrioninė šio skirtumo forma įmanoma ir šioje visuomenėje, jeigu čia yra kokios nors normos, kurias palaiko visų pirma bausmės už nepaklusimą grėsmė, tuo tarpu kitas palaiko

apeliavimas į numanomą pagarbą normoms arba į tokius jausmus, kaip kaltė ar sąžinės graužimas. Takoskyra tarp teisės normų ir kitų normų tampa aiškiai apibrėžta tuomet, kai ši ankstyvoji pakopa yra praeityje ir jau žengtas žingsnis iš ikiteisinio pasaulio į teisinį, t.y. dabar socialinės kontrolės priemonių arsenalui priklauso pripažinimo, bylų sprendimo ir keitimo taisykles apimančių normų sistema. Dabar oficialiosios sistemos dėka identifikuojamos pirminės prievoles nustatančios normos yra atskirtos nuo kitų, bet šios kitos normos toliau egzistuoja greta oficialiai pripažintųjų. Ir mūsų pačių bendruomenėje, ir visose šią pakopą pasiekusiose bendruomenėse faktiškai yra daug į teisinę sistemą nepatenkančių socialinių normų ir standartų rūšių; tik kai kurias iš jų paprastai laikome ir vadiname moralinėmis normomis arba moraliniais standartais, nors kai kurie teisės teoretikai žodį „moralinis" vartoja žymėti visoms ne-teisės normoms.

Tokias ne-teisės normas galima diferencijuoti ir klasifikuoti daugybe įvairių būdų. Kai kurios iš jų susijusios tik su tam tikra elgesio sritimi (pavyzdžiui, apranga) arba su tik retkarčiais pasitaikančiomis ir specialiai sukuriamomis progomis (ceremonijos ir žaidimai), todėl jų veikimo sritis yra labai ribota. Kai kurios normos yra laikomos skirtomis visai socialinei grupei, kitos – tam tikriems šios socialinės grupės pogrupiams, išskiriamiems pagal tam tikrus požymius kaip atskira socialinė klasė arba pagal jų pačių pasirinkimą susiburti ar susijungti siekiant ribotų tikslų. Kai kurios normos laikomos įpareigojančiomis tik pagal susitarimą, todėl jas galima savo noru atšaukti; kitos nekildinamos nei iš susitarimo, nei iš jokio kito laisvo pasirinkimo. Pažeidus kai kurias normas, gali būti tik nurodoma arba primenama, kaip „teisingai" reikėjo pasielgti (pavyzdžiui, etiketas arba taisyklingos kalbos taisyklės), ir nieko daugiau, o už kitų normų pažeidimą galima sulaukti griežto

pasmerkimo ar paniekos arba ilgesnį ar trumpesnį laiką būti pašalintam iš atitinkamos bendrijos. Šioms skirtingoms normų rūšims priskiriamos santykinės svarbos koncepciją atspindi ir jų reikalaujamas privataus intereso paaukojimo mastas, ir joms paklusti verčiančio socialinio spaudimo stiprumas, nors ir negalima sudaryti jokios tikslios šios svarbos skalės.

Kiekvienoje teisinę sistemą suformavusioje visuomenėje greta kitų ne-teisės normų yra tokių, kurioms teikiama didžiausia svarba ir kurios, nepaisant tam tikrų esminių skirtumų, yra daug kuo panašios į šios visuomenės teisę. Įvardijant šių normų reikalaujamus veiksmus arba susilaikymą nuo tam tikrų veiksmų, labai dažnai vartojami teisės normų reikalavimus žymintys žodžiai „teisės", „prievolės" ir „pareigos", priduriant „moralinės". Visose bendruomenėse teisinių ir moralinių prievolių turinys iš dalies susipina; tačiau teisės normų reikalavimai yra specifiškesni, o jų išimtys kur kas smulkiau apibrėžtos, negu analogiškų moralės normų. Antai, kaip ir daugelis teisės normų, moralinė prievolė ir pareiga nurodo tai, ką reikia daryti arba ko nereikia daryti tam tikromis grupės gyvenime nuolat susiklostančiomis aplinkybėmis, o ne retomis, nepastoviomis ir specialiai sukuriamomis progomis. Šios normos reikalauja arba susilaikyti, arba atlikti tam tikrus veiksmus, kurie yra paprasti ta prasme, kad jiems atlikti nereikia jokių specialių įgūdžių ar intelekto. Moralines prievoles, kaip ir daugelį teisinių prievolių, gali suprasti kiekvienas normalus suaugęs žmogus. Paklusimas šioms moralės normoms, kaip ir teisės normoms, yra laikomas savaime suprantamu dalyku, todėl nors už jų sulaužymą griežtai smerkiama, tačiau už moralinės prievolės atlikimą, kaip ir už paklusimą teisei, nėra giriama, išskyrus tuos atvejus, kai tai reikalauja išskirtinio sąmoningumo, ištvermės arba atsispirti ypatingai pagundai. Moralines prievoles ir pareigas galima klasifikuoti įvairiai. Kai kurios

iš jų – tai ypatingos, ilgalaikės funkcijos, arba vaidmenys, kurias atlieka ne visi visuomenės nariai. Tokios yra tėvo arba vyro pareigos rūpintis savo šeima. Kita vertus, yra bendrosios prievolės, kurias, kaip manoma, visą gyvenimą turi visi normalūs saugę žmonės (pavyzdžiui, susilaikyti nuo smurto), bei specialiosios prievolės, kurias kiekvienas visuomenės narys gali įgyti, sueidamas į specialius santykius su kitais (pavyzdžiui, prievolės tesėti pažadus arba atsilyginti už gautas paslaugas).

Šios pačios fundamentaliausios rūšies moralės normų pripažįstamos prievolės ir pareigos gali skirtis įvairiose visuomenėse arba skirtingu metu toje pačioje visuomenėje. Kai kurios iš jų gali atspindėti visai klaidingus ar net prietaringus įsitikinimus apie tai, ko reikia grupės sveikatai arba saugumui; vienoje visuomenėje pulti į savo vyro laidotuvių laužą gali būti žmonos pareiga, o kitoje savižudybė gali būti nusižengimas bendrajai moralei. Moraliniai kodeksai būna įvairūs, o šią įvairovę lemia arba saviti, tačiau tikri konkrečios visuomenės poreikiai, arba prietarai ir nežinojimas. Tačiau pakopą, kurioje visuomenės moralę galima skirti nuo jos teisės, pasiekusių visuomenių socialinė moralė visuomet apima tam tikras prievoles ir pareigas, reikalaujančias paaukoti privačius polinkius arba interesus; tai būtina kiekvienai išlikti siekiančiai visuomenei, kol žmonėms ir pasauliui, kuriame jie gyvena, tebėra būdingi kai kurie įprasčiausi ir akivaizdžiausi bruožai. Iš tokių socialiniam gyvenimui akivaizdžiai reikalingų normų galima nurodyti normas, draudžiančias ar bent ribojančias laisvą smurto panaudojimą, normas, reikalaujančias tam tikrų padorumo ir sąžiningumo santykiuose su kitais asmenimis formų, taip pat normas, draudžiančias sunaikinti arba atimti iš kitų asmenų materialinius daiktus. Jeigu šių elementariausių normų laikymasis bet kurioje draugėje gyvenančių individų grupėje nebūtų savaime suprantamas dalykas, vargu ar tokią

grupę galėtume apibūdinti kaip visuomenę; aišku, jog tokia grupė ilgai negyvuotų.

Taigi prievoles ir pareigas nustatančios moralės ir teisės normos tam tikrais atžvilgiais yra stulbinamai panašios, ir tai įrodo, jog tie patys žodžiai čia vartojami neatsitiktinai. Šiuos panašumus galima apibendrinti taip. Šios normos yra panašios tuo, kad jos laikomos įpareigojančiomis nepriklausomai nuo įpareigotojo asmens sutikimo, ir jas palaiko didelis socialinis spaudimas, verčiantis jų laikytis; manoma, jog ir už paklusimą teisės normoms, ir už paklusimą moralės normoms neturi būti giriama, nes toks paklusimas laikomas savaime suprantamu dalyku ir yra tik minimalus įnašas į socialinį gyvenimą. Be to, ir teisės, ir moralės sričiai priklauso normos, reguliuojančios ne specialią individų veiklą išskirtinėmis progomis, bet individų elgesį nuolat pasikartojančiose gyvenimo situacijose; nors ir vienos, ir kitos normos gali reguliuoti daugybę specifinių su konkrečios visuomenės tikraisiais ar įsivaizduojamais poreikiais susijusių dalykų, ir teisės, ir moralės normos nustato tam tikrus reikalavimus, kuriuos akivaizdžiai turi tenkinti kiekviena ir toliau kartu gyventi norinčių žmonių grupė. Todėl ir teisės, ir moralės normoms vienodai būdingi ir tam tikri padorumo ir sąžiningumo reikalavimai, ir tam tikros smurto prieš asmenį ar nuosavybę draudimo formos. Ir vis dėlto beveik niekas neabejoja, jog, nepaisant šių panašumų, yra tam tikrų požymių, kurie negali būti bendri teisei ir moralei, bet jurisprudencijos istorija liudija, kad kaip tik juos sunkiausia suformuluoti.

Žymiausias bandymas glaustai suformuluoti esminį teisės ir moralės skirtumą priklauso teorijai, teigiančiai, jog teisės normos reikalauja tik „išorinio" elgesio ir yra indiferentiškos motyvų, ketinimų arba kitų „vidinių" elgesio elementų atžvilgiu, tuo tarpu moralė reikalauja ne kokių nors specifinių išorinių veiksmų, o tik geros valios bei dorų ke-

tinimų arba motyvų. Tokia mintis iš tikrųjų prilygsta šokiruojančiam teiginiui, esą teisingai suvoktų teisės ir moralės normų turinys niekuomet negali sutapti; ir nors šioje teorijoje esama tiesos, šiandien ji yra didžiai klaidinanti. Tokia išvada, kuri iš tikrųjų yra klaidinga, daroma remiantis tam tikrais svarbiais moralės požymiais, konkrečiai – tam tikrais skirtumais tarp moralinio pasmerkimo ir teisinės bausmės. Kam nors padarius moralės normų draudžiamą dalyką arba nepadarius to, ko moralės normos reikalauja, tas faktas, kad asmuo tai padarė netyčia ir kad tai atsitiko nepaisant visų atsargumo priemonių, yra aplinkybė, atleidžianti šį asmenį nuo *moralinio* pasmerkimo; tuo tarpu teisinėje sistemoje arba papročiuose gali būti „griežtosios atsakomybės" normų, pagal kurias tiems, kurie normas pažeidė netyčia arba be „kaltės", vis tiek gali būti skiriama bausmė. Taigi iš tiesų, nors „griežtosios atsakomybės" sąvoka moralėje labiau už bet ką kita šioje srityje priartėja prie loginio prieštaravimo, ją galima kritikuoti tik tuomet, kai ji aptinkama teisinėje sistemoje. Tačiau tai nereiškia, kad moralė reikalauja tik gerų ketinimų, geros valios ar motyvų. Kaip pamatysime toliau, taip manyti reiškia supainioti *atleidimo* nuo atsakomybės idėją su elgesio *pateisinimo* idėja.

Ir vis dėlto tai, ką šis painus argumentas sukarikatūrina, nėra nesvarbu; miglotas suvokimas, jog teisės ir moralės skirtumas yra susijęs su vienos iš jų „vidinio pobūdžio" ir kitos „išorinio pobūdžio" priešprieša, spekuliacijose apie teisę ir moralę yra pernelyg dažnai pasikartojanti tema, kad jį būtų galima laikyti neturinčiu visiškai jokio pagrindo. Užuot jį atmetę, mes jį traktuosime kaip teiginį, glaustai nurodantį keturis svarbiausius tarpusavyje susijusius bruožus, kurių visuma įgalina skirti moralę ne tik nuo teisės normų, bet ir nuo kitų socialinių normų rūšių.

(i) *Svarba.* Teiginys, jog *kiekvienos* moralės normos ar standarto esminis bruožas yra tai, kad jis laikomas labai

svarbiu ir palaikytinu, gali atrodyti nuvalkiotas ir pernelyg bendras. Vis dėlto, norėdami bent kiek tiksliau apibūdinti kokios nors socialinės grupės arba individo moralę, negalime šio bruožo ignoruoti, bet negalime ir jo tiksliau suformuluoti. Tai liudija daugelis dalykų: pirma, tas paprasčiausias faktas, jog moraliniai standartai atsilaiko prieš galingų aistrų, kurias jie apriboja, atakas, be to, jie išlaikomi paaukojant svarbius asmeninius interesus; antra, rimtos socialinio spaudimo formos, kuriomis siekiama ne tik paklusimo kiekvienu individualiu atveju, bet ir užtikrinti, kad moraliniai standartai visiems visuomenės nariams būtų įdiegti ar perduoti kaip savaime suprantamas dalykas; trečia, visuotinis pripažinimas, kad jeigu moraliniai standartai nebūtų visuotinai akceptuojami, individų gyvenime įvyktų svarbias pasekmes sukeliančių nemalonių pokyčių. Palyginti su morale, laikyseną, manieras, aprangą diktuojančios normos, taip pat kai kurios – bet ne visos – teisės normos pagal savo svarbą yra santykinai menkesnės. Galbūt jų laikymasis vargina, bet jos nereikalauja didelio pasiaukojimo: norint, kad būtų joms paklūstama, nedaroma jokio stipraus spaudimo, o jeigu jų nebus laikomasi arba jos bus pakeistos, kitose socialinio gyvenimo srityse neįvyks jokių didelių pokyčių. Daugelį moralės normų palaikymui priskiriamos svarbos aspektų galima paaiškinti labai paprastai ir pakankamai racionaliai: juk net jeigu šios normos reikalauja, kad įpareigotasis asmuo paaukotų savo privačius interesus, paklusimas joms užtikrina visiems vienodai bendrus gyvybinius interesus. To pasiekiama arba tiesiogiai apsaugant asmenis nuo akivaizdžios žalos, arba palaikant tolerantiškos ir tvarkingos visuomenės struktūrą. Tačiau nors šiuo būdu galima ginti didžiosios dalies socialinės moralės, interpretuojamos kaip apsauga nuo akivaizdžiai žalingų dalykų, racionalumą, šis paprastas utilitarinis požiūris ne visuomet įmanomas; o tada, kai jis yra įmanomas, jo nereikia laikyti požiūriu tų

žmonių, kurie savo gyvenimą grindžia moralės reikalavimais. Galų gale kiekvienos visuomenės moralėje viena iš svarbiausių vietų tenka su seksualiniu elgesiu susijusioms normoms, bet toli gražu nėra akivaizdu, jog šioms normoms teikiama svarba yra susijusi su įsitikinimu, kad elgesys, kurį šios normos draudžia, yra žalingas kitiems; kad tokių normų buvimą visada galima šiuo būdu pateisinti, faktiškai negalima įrodyti. Net šiuolaikinėje savo moralės iš Dievo jau nebekildinančioje visuomenėje moralinis seksualinio elgesio reguliavimas, kaip antai visuotinis veto homoseksualumui, laikomas svarbiu ne dėl to, kad būtų kaip nors apskaičiuota žala, kurią gali patirti kiti. Seksualinės funkcijos ir jausmai visiems yra tokie svarbūs, o mūsų emocinis santykis su jais yra toks ypatingas, kad nukrypimus nuo akceptuotųjų arba normalių jų išraiškos formų lengvai apgaubia ypatingas „drovumas" arba reikšmingumas. Šiais nukrypimais bjaurimasi ne dėl įsitikinimo jų daroma socialine žala, bet tiesiog dėl to, kad jie atrodo „nenatūralūs" ar savaime atstumiantys. Ir vis dėlto būtų absurdiška neigti šios rūšies emfatiškų socialinių veto teisę būti vadinamiems morale; išties seksualinė moralė yra bene ryškiausias to, ką morale laiko paprasti žmonės, aspektas. Bet aišku štai kas: ta aplinkybė, kad visuomenė gali šitaip „neutilitariškai" vertinti savo pačios moralę, nereiškia, jog moralės normų negalima kritikuoti arba smerkti, jeigu nusprendžiama, kad jas palaikyti yra nenaudinga arba kad už tai sumokėta pernelyg didelėmis kančiomis.

Kaip matome, teisės normos gali atitikti moralės normas ta prasme, kad jos reikalauja to paties elgesio arba jį draudžia. Tos teisės normos, kurioms tai būdinga, neabejotinai laikomos tokiomis pat svarbiomis, kaip ir jų moraliniai analogai. Tačiau svarba visų teisės normų statusui nėra esminis dalykas, kaip yra moralinių normų atveju. Teisės norma visuotinai gali būti laikoma visiškai nesvarbia ir ne-

palaikytina; iš tikrųjų visi gali sutikti, jog šią normą reikia panaikinti – ir vis dėlto ji lieka teisės norma tol, kol bus panaikinta. Kita vertus, jeigu niekas nemano, kad tam tikra norma vis dar yra svarbi arba kad ją vis dar verta palaikyti, būtų absurdiška tokią normą laikyti visuomenės moralės dalimi. Galbūt senieji papročiai ir tradicijos, kurių šiandien laikomasi tik iš pagarbos senovei, kadaise tikrai turėjo moralinių normų statusą, bet šis jų, kaip moralės dalies, statusas išgaravo drauge su ta svarba, kuri buvo teikiama jų laikymuisi ir sulaužymui.

(ii) *Imunitetas valingam pakeitimui.* Teisinei sistemai būdinga, kad naujas teisės normas galima įdiegti, o senas pakeisti arba panaikinti valingu aktu, nors rašytinė konstitucija, apribojanti aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos kompetenciją, kai kuriuos įstatymus gali apsaugoti nuo šitokio pakeitimo. Moralės normų arba principų, priešingai, tokiu būdu *negalima* nei sukurti, nei pakeisti, nei eliminuoti. Tačiau teigti, jog to „negali" būti, nereiškia neigti, jog tai apskritai įmanoma įsivaizduoti, kaip yra teiginio, kad žmonės „negali" pakeisti klimato, atveju. Šiuo teiginiu tiesiog atkreipiamas dėmesys į tokius faktus. Posakiai „Nuo 1960 metų sausio 1 dienos toks ir toks dalykas bus baudžiamasis nusikaltimas" arba „Nuo 1960 metų sausio 1 dienos toks ir toks dalykas nebebus neteisėtas", kartu nurodant priimtus arba panaikintus įstatymus, bus visiškai prasmingi. Priešingai, tokie teiginiai, kaip „Nuo rytojaus daryti tai ir tai nebebus amoralu" arba „Praėjusiųjų metų sausio 1 dieną tapo amoralu daryti tai ir tai", būtų stulbinamai paradoksalūs, jeigu tik jie apskritai turėtų prasmę. Juk tai, kad moralės normos, principai arba standartai būtų traktuojami kaip įstatymai, t.y. kaip dalykai, kuriuos galima sukurti arba pakeisti valingu aktu, yra nesuderinama su tuo vaidmeniu, kurį individų gyvenime vaidina moralė. Elgesio standartams žmogiškuoju *fiat** negalima nei suteikti mora-

linio statuso, nei jo atimti, tačiau kasdienis tokių sąvokų, kaip išleidimas arba panaikinimas, vartojimas liudija, kad to negalima pasakyti apie teisę.

Didelė moralės filosofijos dalis yra skirta paaiškinti šiai moralės savybei, taip pat nušviesti idėjai, jog moralė yra kažkas „čia", ką reikia atpažinti o ne sukurti valingu žmogaus pasirinkimu. Bet pats šis faktas, skirtingai nuo jo aiškinimų, nėra tik moralės normų ypatybė. Todėl, skiriant moralę nuo visų kitų socialinių normų rūšių, negalima remtis vien tik šiuo, nors ir labai svarbiu, moralės bruožu. Juk šiuo požiūriu (bet ne kitais) į moralę yra panaši kiekviena socialinė tradicija: tradicijos taip pat negalima sukurti arba panaikinti žmogiškuoju *fiat**. Pasakojama tokia tikriausiai išgalvota istorija: vienos naujos Anglijos viešosios mokyklos direktorius paskelbė, jog nuo kitų mokslo metų pradžios mokykloje įsigalios tradicija, kad vyresnieji berniukai turi vilkėti tam tikrą aprangą; šios istorijos komiškumą lėmė tai, kad tradicijos sąvoka yra logiškai nesuderinama su valingo akto bei pasirinkimo sąvoka. Normos įgyja ir praranda tradicijų statusą augdamos, praktikuojamos, nustojamos praktikuoti ir žlugdamos; tuo tarpu normos, sukuriamos arba eliminuojamos ne šiais lėtais nevalingais procesais, bet kitokiais būdais, negali šitaip įgyti arba prarasti tradicijo statuso.

To fakto, kad moralės ir tradicijų negalima kaip įstatymų tiesiogiai pakeisti teisėdaros aktu, nereikia klaidingai suprasti kaip jų imuniteto kitoms keitimo formoms. Išties, nors moralės normos arba tradicijos negalima panaikinti arba pakeisti valingu pasirinkimu arba aktu, tačiau įstatymų išleidimas arba panaikinimas tikrai gali būti viena iš tam tikro moralinio standarto ar tam tikros tradicijos pasikeitimo ar išnykimo priežasčių. Jeigu tam tikra tradicinė

* Tebūnie *(lot.)*.

praktika, kaip antai linksmybės Guy'aus Fawkeso naktį*, bus uždrausta įstatymu ir baudžiama, ji gali liautis, o tradicija išnyks. Ir atvirkščiai, jeigu įstatymai reikalauja, jog tam tikrų klasių atstovai atliktų karo tarnybą, tai galiausiai gali virsti šios klasės tradicija, kuri gali pergyventi patį įstatymą. Įstatymai taip pat gali nustatyti sąžiningumo ir humaniškumo standartus, galiausiai pakeičiančius ir pakeliančius paplitusią moralę; ir atvirkščiai, teisinės represijos nors morališkai ir privalomos praktikos atžvilgiu galiausiai gali lemti šios praktikos svarbos suvokimo, vadinasi, ir jos, kaip moralės, statuso praradimą; vis dėlto tokius mūšius prieš įsišaknijusią moralę teisė dažniausiai pralaimi, o moralės norma ir toliau galioja greta įstatymų, draudžiančių tai, ko ši norma reikalauja.

Šias tradicijos ir moralės keitimo formas, kur teisė gali būti priežastinis veiksnys, reikia skirti nuo įstatyminio pakeitimo arba panaikinimo. Nors teisėdaros akto nulemtą *teisinio* statuso įgijimą arba praradimą iš tikrųjų galima pavadinti išleistojo įstatymo „teisinėmis pasekmėmis", bet tai nėra atsitiktinis priežastinis ryšys, ir tuo jis skiriasi nuo įstaty-

* *Guy'aus Fawkeso naktis* (lapkričio 5) – tradicinė šventė, Anglijos žmonių (pirmiausia anglikonų) masinių linksmybių naktis. Šventės metu deginama nevykėlio sąmokslininko Guy'aus Fawkeso iškamša. 1605 m. grupė fanatikų katalikų, nusivylusių tik prieš dvejus metus į sostą įžengusiu karaliumi Jokūbu I (James I), jų manymu, neužtikrinusiu religinės tolerancijos, surengė fantastišką ir absurdišką sąmokslą, vadinamą Parako sąmokslu *(Gunpowder Plot)*. Sąmokslui vadovavo Vorvikširo džentelmenas Robertas Catesby. Su juo išvien ėjo Anglijos jėzuitų vadovas Henry Garnettas. Sąmokslininkų planas buvo susprogdinti Parlamento rūmus, pradedant Parlamento sesiją. Taip vienu teroristiniu aktu būtų nužudyti ir karalius, ir kiti žymiausi valsybės veikėjai. Po sprogimo, kilus sumaišėiai, katalikai turėjo sukelti maištą centrinėse Anglijos grafystėse. Susprogdinti rūmus buvo patikėta Ispanijos kariuomenėje tarnavusiam Guy'ui Fawkesui. Tačiau sąmokslas buvo išaiškintas, Garnettas ir Fawkesas buvo kankinami, po to nubausti mirtimi. Catesby su grupe bendraminčių dar bandė sukilti, bet buvo lengvai numalšinti. Istorikai vieningai pripažįsta, jog būtent šis fantastiškas sąmokslas Anglijoje ilgam atitolino religinę toleranciją katalikams.

mo eventualaus poveikio tradicijai ir moralei. Šį skirtumą akivaizdžiai atskleidžia toks faktas: nors visuomet galima abejoti, ar aiškus ir galiojantis teisėdaros aktas sukels moralės pokyčius, tačiau jokių panašių abejonių negalima išsakyti dėl to, ar aiškus ir galiojantis teisėdaros aktas pakeitė teisę.

Moralės arba tradicijos idėjos nesuderinamumą su valingo akto sukeltų pokyčių idėja reikia skirti ir nuo to imuniteto, kuris kai kuriose sistemose kai kuriems įstatymams suteikiamas konstitucijos apribojančiomis klauzulėmis. Kadangi tokį imunitetą galima panaikinti konstitucijos pataisa, šis imunitetas nėra būtinas įstatymo, kaip teisės, statuso elementas. Moralės arba tradicijų nepasidavimas panašioms keitimo formoms neįvairuoja priklausomai nuo bendruomenės arba laiko ir tuo skiriasi nuo minėtojo teisinio imuniteto legislatyviniam pakeitimui. Šis nepasidavimas glūdi pačioje šių terminų reikšmėje; moralinės įstatymų leidybos institucijos, turinčios kompetenciją kurti ir keisti moralę, kaip teisėdaros aktais galima kurti ir keisti teisę, idėja apskritai yra svetima pačiai moralės sąvokai. Vėliau, nagrinėdami tarptautinę teisę, mes pamatysime, kaip svarbu yra skirti tiesiog įstatymų leidybos institucijos nebuvimą *de facto*, kurį galima laikyti sistemos defektu, nuo fundamentalaus nesuderinamumo, slypinčio, kaip mes jau pabrėžėme, idėjoje, jog moralės normas arba standartus galima sukurti arba panaikinti įstatymais.

(iii) *Moralinių nusižengimų tyčinis pobūdis.* Senoji koncepcija, kad moralė susijusi tik su „vidiniais" dalykais, o teisei rūpi tik „išorinis" elgesys, iš dalies neteisingai nušviečia abu ką tik aptartuosius bruožus. Tačiau labai dažnai manoma, jog kaip tik ši koncepcija nurodo tam tikras svarbias moralinės atsakomybės ir moralinio pasmerkimo savybes. Žvelgiant *ab extra,* asmens veiksmas gali būti laikomas nusižengimu moralės normoms arba principams, tačiau jeigu jam pavyksta įrodyti, kad jis tai padarė netyčia ir kad tai

įvyko nepaisant visų įmanomų atsargumo priemonių, kurių jis ėmėsi, toks asmuo atleidžiamas nuo moralinės atsakomybės; tokiomis aplinkybėmis jo smerkimas būtų laikomas morališkai nepagrįstu. Taigi, kadangi asmuo padarė viską, ką galėjo, jis nėra morališkai smerkiamas. Tam tikru mastu tai galioja kiekvienoje išsivysčiusioje teisinėje sistemoje; bendras *mens rea** reikalavimas – tai baudžiamosios atsakomy-

* *Mens rea* – nusikalstama valia, nusikalstamas ketinimas *(lot.)*. Bendrosios teisės šalių baudžiamosios teisės doktrina vadovaujasi nuostata, kad veika gali būti laikoma baudžiamuoju nusikaltimu *(criminal offense)* tik tuo atveju, jeigu ją lydi (tiksliau – aplenkia) *mens rea* – nusikalstamas ketinimas. Šis reikalavimas paprastai išreiškiamas formule *actus non facit reum, nisi mens sit rea – „pati veika dar nėra kaltė, jeigu nėra nusikalstamo ketinimo"* (lot.). Baudžiamieji nusikaltimai paprastai klasifikuojami pagal keturis pagrindinius *mens rea* tipus: jie gali būti padaryti tyčia *(intentionally)*, sąmoningai *(knowingly)*, dėl nepagrįstos savikliovos („beatodairiškai") *(recklessly)* ir dėl nerūpestingumo (neatsargumo) *(grossly negligent, criminally negligent)*. Taigi *mens rea* bent išoriškai ir formaliai (bet ne savo struktūra, nes, pavyzdžiui, jų neatsargumo samprata ir tipologija toli gražu neprimena mums įprastos neatsargumo sampratos ir tipologijos, o ir pati *corpus delicti*, t.y. nusikaltimo sudėtis, traktuojama kitaip) atitinka mūsų (ir kai kurių kitų kontinentinės teisės tradicijos šalių) baudžiamosios teisės formuluojamą nusikaltimo subjektyvinės pusės (kaip nusikaltimo sudėties elemento) sąvoką. Tačiau yra šios bendrosios taisyklės išimčių. Griežtosios atsakomybės *(strict liability)* nusikaltimai (nusižengimai) paprastai nereikalauja *mens rea:* tokios veikos laikomos nusikaltimais (nusižengimais) vien dėl to, kad taip nustato įstatymai, nors veika pati savaime nėra nei bloga, nei morališkai smerktina. Tokie nusikaltimai (nusižengimai) vadinami *malum prohibitum* – neteisėti, nes draudžiami *(lot.)*; juos reikia skirti nuo nusikaltimų (nusižengimų) *malum in se* – savaime neteisėtų *(lot.)*, reikalaujančių *mens rea;* šį skirtumą kai kada labai sunku įžvelgti, pavyzdžiui, greičio viršijimas laikomas *malum prohibitum,* bet važiavimas nepaisant taisyklių (*reckless driving,* t.y. važiavimas demonstruojant sąmoningą nepagarbą kitų žmonių gyvybėms ir visuomenės saugumo poreikių nepaisymą) laikomas *malum in se. Mens rea* doktrina taip pat nustato aplinkybes, kuriomis veika neužtraukia baudžiamosios atsakomybės, net jeigu formaliai galima konstatuoti buvus *mens rea.* Tokios aplinkybės yra klaida *(mistake)*, prievarta *(duress)*, savigyna *(self-defense)*, būtinumas *(necessity)* bei asmens negalėjimas būti patrauktu baudžiamojon atsakomybėn *(incapacity to affect criminal liability);* čia irgi galima įžvelgti analogiją (bet ne tapatumą, nes, pavyzdžiui, jų savigyna nėra visiškai tas pat, kas mūsų būtinoji gintis, o jų asmens negalėjimas būti patrauktu baudžiamojon atsakomybėn, apimantis *inter alia* „stiprų girtu-

bės elementas, kurio paskirtis yra užtikrinti, kad nusikaltusiems ne dėl nerūpestingumo, ne savo noru arba tokiomis sąlygomis, kai jie neturėjo fizinės arba protinės galimybės elgtis pagal teisės reikalavimus, būtų atleista. Jeigu būtų kitaip, teisinė sistema nebūtų apsaugota nuo rimto moralinio pasmerkimo – bent jau tada, kai už sunkius nusikaltimus baudžiama itin griežtomis bausmėmis.

Ir vis dėlto visos teisinės sistemos tokio atleidimo nuo atsakomybės pripažinimą kvalifikuoja daugybe skirtingų būdų. Dėl tikrų ar tariamų sunkumų, su kuriais susiduriama įrodinėjant psichologinius faktus, teisinė sistema gali atsisakyti tirti tikrąją konkrečių individų psichinę būklę arba jų protinius sugebėjimus ir vietoj to atlikti „objektyvų patikrinimą", grindžiamą prielaida, jog nusižengimu kaltinamas individas sugebėjo kontroliuoti save arba galėjo imtis tokių atsargumo priemonių, kurių būtų ėmęsis normalus ir „protingas" žmogus. Kai kurios sistemos gali atsisakyti „valingą" neteisnumą skirti nuo „kognityvinio" neteisnumo; taip darydamos, atleidimą nuo atsakomybės jos apriboja tik tais atvejais, kai nebuvo atitinkamų ketinimų arba trūko žinių. Teisinė sistema dargi gali nustatyti tokią „griežtąją atsakomybę" už tam tikrų rūšių nusižengimus, kuri visiškai nepriklausytų nuo *mens rea,* galbūt palikdama tik minimalų reikalavimą, kad kaltinamasis turi galėti normaliai kontroliuoti savo raumenų jėgą.

Todėl aišku, jog įrodžius, kad kaltinamasis asmuo negalėjo laikytis įstatymo, kurį pažeidė, teisinė atsakomybė nebūtinai yra panaikinama; tuo tarpu moralėje „Aš negalėjau

mą", kartais yra netgi priešingas mūsų doktrinai, tą patį „stiprų girtumą" traktuojančiai kaip sunkinančią aplinkybę) su mūsų teisės doktrinos formuluojama aplinkybių, atleidžiančių nuo atsakomybės, kategorija (mūsuose tokiomis aplinkybėmis pripažįstama nenugalima jėga, būtinoji gintis, būtinasis reikalingumas, nusikaltėlio sulaikymas arba kitoks teisinės pareigos vykdymas, arba savo teisės realizavimas, nukentėjusiojo sutikimas).

to išvengti“ visuomet yra pagrindas atleisti nuo atsakomybės – moralinė prievolė būtų visiškai ne tai, kas ji yra, jeigu moralinis „privalėti“ šia prasme nereikštų „galėti“. Tačiau svarbu suvokti, kad „Aš negalėjau to išvengti“ yra tik pagrindas (nors ir labai tvirtas) atleisti nuo atsakomybės, taip pat atleidimą nuo atsakomybės skirti nuo elgesio pateisinimo, nes, kaip jau minėjome, teiginys, jog moralė nereikalauja jokio išorinio elgesio, remiasi šių dviejų idėjų supainiojimu. Jeigu geri ketinimai pateisintų tai, ką draudžia moralės normos, tai nebūtų nieko smerktino atsitiktinai ir nepaisant visų atsargumo priemonių kitą žmogų nužudžiusio žmogaus veiksmuose. Šį atvejį reikėtų vertinti taip, kaip šiuo metu yra vertinamas žmogaus nužudymas, kai to būtinai reikalauja savigynos interesai. Savigyna yra *pateisinama* dėl to, kad tokiomis aplinkybėmis nužudymas nėra tas elgesys, kurio sistema siekia išvengti; ji netgi gali tokį elgesį skatinti, nors tai, žinoma, yra bendro draudimo žudyti išimtis. Bet kai kas nors nusižengia netyčia, moralinis asmens atleidimo nuo atsakomybės pagrindas yra ne tai, kad tokius veiksmus teisinė politika leidžia ar net sveikina, o tai, kad, ištyrę konkretaus pažeidėjo psichinę būklę, nustatome, jog jam nebuvo normalių galimybių elgtis taip, kaip reikalauja teisė. Vadinasi, šis moralės „vidinio pobūdžio“ aspektas reiškia ne tai, kad moralė nėra išorinio elgesio kontrolės forma, o tik tai, kad būtina moralinės atsakomybės sąlyga yra individo galėjimas tam tikru būdu kontroliuoti savo elgesį. Net moralėje yra skirtumas tarp „Jis nepadarė nieko blogo“ ir „Jis negalėjo išvengti to, ką jis padarė“.

(iv) *Moralinio spaudimo forma.* Dar vienas skiriamasis moralės bruožas yra būdinga ją palaikančio moralinio spaudimo forma. Šis bruožas glaudžiai susijęs su ankstesniuoju ir, kaip ir ankstesnysis, labai prisidėjo prie miglotos sam-

pratos, kad moralei rūpi „vidiniai" dalykai. Tokia moralės interpretacija remiasi šiais faktais. Jeigu kiekvienąkart, kai tik kas nors ketina pažeisti elgesio normą, jį atkalbėti būtų įmanoma *tik* grasinant fizinėmis bausmėmis arba nurodant nemalonias pasekmes, tokios normos nebūtų galima laikyti visuomenės moralės dalimi, tačiau tai nebūtų kliūtis šią normą traktuoti kaip tos visuomenės teisės dalį. Išties tipiška teisinio spaudimo forma tikrai galima laikyti tokius grasinimus. Moralės atveju yra kitaip: čia tipiška spaudimo forma – apeliavimas į pagarbą normoms, kaip dalykams, kurie yra svarbūs patys savaime; daroma prielaida, kad tokio požiūrio laikosi ir tie, į kuriuos kreipiamasi. Taigi moralinis spaudimas paprastai, bet ne išimtinai remiasi ne grasinimais ir ne apeliavimu į baimę arba interesą, bet kontempliuojamojo veiksmo moralinio pobūdžio ir moralės reikalavimų priminimu. „Tai bus melas", „Tai reikš, jog tu sulaužei savo pažadą". Išties visa ko pagrindas čia yra „vidiniai" moraliniai baimės ir bausmės analogai, nes tariama, jog protestas sužadins tų, į kuriuos kreipiamasi, gėdos arba kaltės jausmą: juos gali „nubausti" jų pačių sąžinė. Žinoma, kartais tokį grynai moralinį apeliavimą lydi grasinimai fizine bausme arba apeliavimas į normalų asmeninį interesą; nukrypimai nuo moralinio kodekso susiduria su daugybe įvairių priešiškos visuomenės reakcijos formų – nuo santykinai neformaliai reiškiamos paniekos iki socialinių ryšių nutraukimo arba ostrakizmo. Bet emfatiški normų reikalavimų priminimai, apeliavimas į sąžinę ir pasikliovimas, jog savo darbą atliks kaltė ir atgaila, yra būdingiausios ir ryškiausios visuomenės moralę palaikančio spaudimo formos. Tai, kad ji turi būti palaikoma būtent šiais būdais, tiesiogiai išplaukia iš to, jog moralinės normos ir standartai akceptuojami kaip dalykai, kuriuos akivaizdžiai itin svarbu palaikyti. Standartai, kurie nėra palaikomi šiais būdais, nei so-

cialiniame, nei asmeniniame gyvenime negalėtų vaidinti to vaidmens, kurį vaidina moralinė prievolė.

3. Moraliniai idealai ir socialinė kritika

Socialinės moralės pamatas yra moralinė prievolė ir pareiga, bet ne tik tai. Tačiau prieš imdamiesi kitų jos formų mes aptarsime, kokie prieštaravimai pateikiami prieš tą būdą, kuriuo mes apibūdiname moralinę prievolę. Ketveriopi kriterijai, ankstesniame skirsnyje mūsų taikyti atskirti moralei nuo kitų socialinių standartų ar normų formų (svarba, imunitetas valingam pakeitimui, moralinių nusižengimų tyčinis pobūdis bei specifinė socialinio spaudimo forma), tam tikra prasme yra *formalūs* kriterijai. Jie tiesiogiai nenurodo jokio būtinojo turino, kurį turėtų turėti moralės sričiai priskirtinos normos arba standartai, taip pat jokio tikslo, kuriam šios normos arba standartai turėtų tarnauti socialiniame gyvenime. Tačiau mes pabrėžėme, jog visuose moraliniuose kodeksuose tikrai galima aptikti tam tikrą draudimo naudoti smurtą asmenų arba daiktų atžvilgiu formą, taip pat padorumo, sąžiningumo sudarant sandorius bei garbingo pažadų laikymosi reikalavimus. Jeigu žmonės nori ir toliau gyventi drauge, o ne izoliuotai vienas nuo kito, minėtuosius dalykus, kurie, savaime suprantama, yra tik tam tikros akivaizdžiausios nuvalkiotos tiesos apie žmogaus prigimtį ir fizinio pasaulio pobūdį, reikia iš tikrųjų laikyti esminiais; todėl būtų labai keista, jeigu kur nors juos įtvirtinančioms normoms nebūtų priskiriama moralinė svarba bei mūsų ką tik aprašytasis statusas. Atrodo, aišku, jog tokių normų *reikalaujamas* asmeninio intereso paaukojimas ir yra ta kaina, kurią tokiame pasaulyje, kaip mūsiškis, reikia sumokėti už tai, kad gyvename drauge su kitais, o šių normų *teikiama* apsauga ir yra tas minimumas, kuris tokioms būtybėms, kaip

mes, gyvenimą su kitais padaro prasmingą. Kaip parodysime kitame skyriuje, šie paprasti faktai yra prigimtinės teisės doktrinose glūdinčios neginčijamos tiesos branduolys.

Daugelis moralės teoretikų norėtų greta keturių mūsų pasiūlytųjų kriterijų į moralės apibrėžimą įtraukti dar vieną – minėtąjį moralės ir žmonių poreikių bei interesų ryšį, kuris, atrodo, nekelia jokių abejonių. Šie teoretikai daro išlygą, jog jokių normų negalima pripažinti priklausančiomis moralės sričiai, jeigu šios normos negali atlaikyti racionalios kritikos žmonių interesų požiūriu, taigi negalima įrodyti, kad jos (galbūt netgi kokiu nors nešališku ir visiems lygiu būdu) skatina šių interesų pažangą visuomenėje, kurios normos jos yra. Kai kurie iš šių teoretikų gali eiti dar toliau: jie atsisako pripažinti moraliniu bet kokį principą arba elgesio normą, jeigu iš šių principų arba normų reikalaujamų veiksmų arba susilaikymo nuo tam tikrų veiksmų negali turėti naudos visi tie, kurie, nors ir nepriklausydami tam tikrai visuomenei, patys nori ir gali gerbti šias normas. Tačiau mes tyčia pasirinkome platesnę moralės sampratą, galinčią apimti visas socialines normas bei standartus, kuriems konkrečioje visuomenės praktikoje yra būdingi visi keturi minėtieji bruožai. Kai kurios iš šių normų atlaikys šių naujų siūlomų patikrinimų pagrindu išsakomą kritiką, kitos – ne; pastarosios gali būti smerkiamos kaip iracionalios arba nekultūringos, arba net barbariškos. Mes pasirinkome šią platesnę sampratą ne tik dėl to, kad ją kur kas labiau atitinka įprastinė žodžio „moralinis“ vartosena, bet ir dėl to, kad, vadovaudamiesi siauresniu ribotu požiūriu, neapimančiu minėtosios kritikos neatlaikančių normų, mes būtume priversti labai dirbtinai atskirti socialinės struktūros elementus, visiškai identiškai funkcionuojančius gyvenime tų, kurie savo gyvenimą grindžia šiomis normomis. Kitiems asmenims iš tikrųjų galbūt nedarančio žalos elgesio moraliniai draudimai ne tik instinktyviai traktuojami lygiai

taip pat pagarbiai, kaip ir tie, kurie draudžia žalingą elgesį; drauge su racionaliau pateisinamų normų reikalavimais jie nustato socialinius asmenybės parametrus ir kartu su pastaraisiais sudaro individų gyvenimo, kurį, kaip tikimasi ir iš tikrųjų manoma, jie gyvena, visuotinai akceptuoto vaizdo dalį.

Tačiau tiesa yra ir tai, jog moralė apima daug daugiau, negu tik konkrečioje socialinių grupių praktikoje pripažįstamas *prievoles* ir *pareigas,* ir tai taip pat yra svarbu. Prievolė ir pareiga – tai tik moralės, netgi socialinės moralės, pamatas, bet yra moralės formų, išeinančių už akceptuotosios konkrečių visuomenių bendrosios moralės ribų. Čia reikia atkreipti dėmesį į dar du moralės aspektus. Pirma, net atskiros visuomenės moralėje greta imperatyvių moralinių prievolių ir pareigų struktūros bei palyginti aiškių šias prievoles ir pareigas apibrėžiančių normų egzistuoja tam tikri moraliniai *idealai.* Skirtingai nuo pareigos, šių idealų realizavimas laikomas ne savaime suprantamu dalyku, bet pagyrimo vertu pasiekimu. Didvyris ir šventasis – štai du kraštutiniai tipai žmonių, darančių *daugiau,* negu iš jų reikalauja pareiga. Tai, ką jie daro, nepanašu į prievolę arba pareigą, tai nėra kažkas, ko iš jų gali būti reikalaujama, o jeigu jiems nepavyksta to padaryti, tai nelaikoma blogiu arba smerktinu dalyku. Ant žemesnės pakopos negu šventieji ir didvyriai yra tie, kuriuos visuomenė pripažįsta nusipelniusiais pagyrimo už tokias jų kasdieniame gyvenime rodomas moralines dorybes, kaip drąsa, labdarybė, dosnumas, kantrumas arba dorovingumas. Tokių socialiai pripažintų idealų bei dorybių ir pirminių imperatyvių socialinės prievolės bei pareigos formų ryšys yra pakankamai aiškus. Daugelis moralinių dorybių yra savybės, susidedančios iš sugebėjimo ir pasirengimo peržengti siauras pareigos nustatytas ribas, tai yra tam tikras rūpinimasis kitų interesais arba jos reikalaujamas asmeninio intereso paaukojimas. Kaip pavyzdžius

galima nurodyti dosnumą ir labdarybę. Kitos moralinės dorybės, kaip antai nuosaikumas, kantrumas, drąsa arba sąžiningumas, tam tikra prasme yra pagalbinės – tai yra charakterio savybės, pasireiškiančios nepaprastu atsidavimu pareigai arba svarbiausiųjų moralinių idealų siekimu ypatingos pagundos arba pavojaus akivaizdoje.

Įvairiais būdais galima patekti į kitas, dar toliau plytinčias moralės sritis, kur išsivaduojama iš atskiros socialinės grupės pripažįstamų prievolių ir idealų nelaisvės ir susiduriama su tokiais principais ir idealais, kuriuos pasitelkus galima moralės požiūriu kritikuoti pačią visuomenę; vis dėlto netgi čia išlieka svarbūs ryšiai su pirmaprade socialine moralės forma. Tyrinėjant savo pačių arba kurios nors kitos visuomenės akceptuotąją moralę, visuomet joje galima aptikti daug kritikuotinų dalykų; tų žinių, kurias galima gauti šiandien, šviesoje ši moralė gali atrodyti nepagrįstai represyvi, žiauri, prietaringa arba nekultūringa. Ji gali varžyti žmonių laisvę, ypač religinės diskusijos bei religinės praktikos srityje arba eksperimentuojant su įvairiomis žmogaus gyvenimo formomis, netgi tuomet, kai kitiems iš to tėra mažai naudos. Maža to, kai kurių visuomenių moralė gali saugoti nuo žalos tik savo narius arba net tik tam tikras klases, vergų arba helotų klasę palikdama jų šeimininkų įgeidžių valioje. Galima numanyti, jog šios rūšies kritika, kuri (net tuo atveju, jeigu ji bus atmesta) bus tikrai pripažįstama „moraline“ kritika, remiasi nuostata, jog akceptuotoji visuomenės moralė ir kiti socialiniai dariniai turi tenkinti dvi formalias sąlygas – pirmoji yra racionalumas, o antroji – visuotinumas. Taigi šitokia kritika leidžia suprasti, jog, pirma, socialiniai dariniai neturi remtis įsitikinimais, kurių klaidingumą galima įrodyti, ir, antra, jog apsauga nuo žalos, kurią moralė paprastai teikia reikalaudama tam tikrų veiksmų, o nuo kai kurių liepdama susilaikyti, turi apimti bent jau visus tuos žmones, kurie patys gali ir nori paisyti

šių apribojimų. Todėl tokios moralinės visuomenės kritikos, kaip toji, kuri skelbia laisvės, brolybės, lygybės, laimės siekimo ir panašius lozungus, moralinį pobūdį lemia ta aplinkybė, jog ši kritika ragina vykdyti reformas – arba tam tikros vertybės vardan, arba visų tuo metu galiojančių moralių jau pripažintų (nors galbūt nevienodu mastu) vertybių junginio vardan, arba tam tikro šių vertybių išgryninto ir išplėsto taip, kad būtų tenkinami abu – racionalumo ir visuotinumo – reikalavimai, varianto vardan.

Žinoma, ta aplinkybė, kad pati akceptuotosios moralės arba kito socialinio reiškinio kritika laisvės arba lygybės vardan yra pripažįstama *moraline* kritika, dar nereiškia, kad šios kritikos atmetimas kitų vertybių vardan taip pat negali būti moralinis. Laisvės apribojimo smerkimui galima priešpriešinti nuostatą, jog galima pateisinti laisvės paaukojimą dėl socialinės arba ekonominės lygybės arba saugumo. Gali paaiškėti, jog tokie įvairioms moralinėms vertybėms teikiamos reikšmės arba jų pabrėžimo skirtumai yra nesutaikomi. Jie gali reikšti, jog vadovaujamasi iš esmės skirtingomis idealiomis visuomenės sampratomis, ir sudaryti viena kitai oponuojančių politinių partijų moralinį pagrindą. Vienas iš svarbiausių demokratijos pateisinimų yra tai, kad ji leidžia eksperimentuoti ir rinktis kurią nors iš tokių alternatyvų, kartu palikdama galimybę šį sprendimą peržiūrėti.

Galiausiai moralė, peržengusi tam tikros visuomenės visuotinai pripažįstamų prievolių ir idealų nubrėžtas ribas, ne visuomet turi įgyti socialinės kritikos formą. Svarbu atminti, jog moralė turi ir privatų aspektą, pasireiškiantį tuo, kad individas pripažįsta idealus, kuriais neprivalo dalytis su kitais arba laikyti jų kitų asmenų, juo labiau visos visuomenės kritikos šaltiniu. Gyvenimą galima paskirti didvyriškiems, romantiškiems, estetiniams ar mokslo idealams arba kūno marinimui, nors tai ir ne taip priimtina. Ir čia galima įrodinėti, jog apie moralę šiuo atveju kalbama todėl, kad to-

kiu būdu individų siekiamos vertybės bent jau yra analogiškos kai kurioms iš jų pačių visuomenės moralės pripažįstamų vertybių. Tačiau tai, žinoma, yra ne turinio, bet formos ir funkcijos analogija. Tokie idealai individų gyvenime vaidina tą patį vaidmenį, kaip moralė visuomenėje. Jie užima aukščiausiąją ir svarbiausiąją vietą, todėl jų siekimas yra laikomas pareiga, kuriai reikia paaukoti kitus interesus arba troškimus; nors žmogaus atsivertimas nėra neįmanomas, tačiau mintis, kad tokius idealus galima susikurti, pakeisti arba atmesti valingu pasirinkimu, yra chimeriška; pagaliau už nukrypimus nuo šių idealų „baudžia" ta pati sąžinė, kaltė ir atgaila, į kurias pirmiausia ir apeliuoja socialinė moralė.

IX

TEISĖ IR MORALĖ

1. Prigimtinė teisė ir teisinis pozityvizmas

Teisę ir moralę sieja daugybė įvairiausių tipų ryšių, bet nėra tokio ryšio, kurį analitiniais tikslais būtų galima vienareikšmiškai išskirti kaip *vienintelį* jų ryšį. Vietoj to svarbu išskirti keletą iš daugybės įvairių dalykų, turimų galvoje teigiant arba neigiant teisės ir moralės giminiškumą. Kartais teigiamas toks jų ryšys, kurį jeigu kas nors ir ginčija, tai tik labai nedaugelis; tačiau šio ryšio neginčijamas buvimas gali būti neteisingai interpretuojamas kaip tam tikro kur kas labiau abejotino ryšio požymis, o galbūt netgi tapatinamas su tokiu ryšiu. Antai negalima rimtai ginčyti, jog teisės raidai faktiškai visur ir visuomet milžinišką įtaką darė konvencionalioji moralė bei atskirų socialinių grupių idealai, taip pat individų, kurių moralinis akiratis buvo peržengęs tuo metu akceptuotos moralės ribas, skatinamos supratingos moralinės kritikos formos. Bet šia tiesa galima pasinaudoti ir visiškai kitu tikslu – pagrįsti kitokiam teiginiui, būtent kad teisinė sistema *turi* pademonstruoti tam tikrą specifinį moralės arba teisingumo atitikimą, arba kad ji *turi* remtis plačiai paplitusiu įsitikinimu, jog yra moralinė prievolė paklusti moralei. Tačiau nors šis teiginys tam tikra prasme gali būti teisingas, iš jo negalima daryti išvados, kad teisinės sistemos taikomi konkrečių įstatymų teisinio galiojimo kriterijai turi remtis jei ne aiškia, tai bent numanoma nuoroda į moralę arba teisingumą.

Galima tarti, jog, be šių klausimų, su teisės ir moralės santykiu yra susiję ir daugelis kitų. Šiame skyriuje mes aptarsime tik du tokius klausimus, bet kalbant apie juos reikės pasvarstyti ir daugelį kitų. Pirmasis klausimas – tai klausimas, kuris vis dar aiškiausiai formuluojamas kaip prigimtinės teisės ir teisinio pozityvizmo problema, nors abu šie pavadinimai vartojami įvardyti pačioms įvairiausioms tezėms apie teisę ir moralę. Čia teisiniu pozityvizmu vadinsime paprastą idėją, jog nebūtinai yra teisingas teiginys, kad įstatymai reprodukuoja arba tenkina tam tikrus moralės reikalavimus, nors faktiškai jie dažnai tai daro. Bet tik dėl to, kad šio požiūrio šalininkai arba tylėjo, arba labai nesutarė dėl moralės esmės, būtinai reikia aptarti dvi labai skirtingas formas, kuriomis teisinis pozityvizmas būdavo atmetamas. Vieną iš jų labai aiškiai suformulavo klasikinės prigimtinės teisės teorijos: kad žmogaus sukurta teisė galiotų, ji turi atitikti tam tikrus žmonių elgesio principus, laukiančius, kol juos atras žmogaus protas. Kita forma laikosi kitokio, ne tokio racionalistinio požiūrio į moralę ir bando kitaip paaiškinti teisinio galiojimo ryšio su moraline vertybe ypatumus. Šiame ir kitame skirsniuose aptarsime pirmąją iš šių formų.

Gausioje literatūroje nuo Platono iki šių dienų, skirtoje įrodyti arba paneigti prielaidai, kad būdus, kaip žmonės turėtų elgtis, gali atrasti žmogaus protas, viena iš diskutuojančiųjų šalių, atrodo, sakė kitai: „Jūs esate akli, jeigu to nematote“, bet sulaukdavo tik tokio atsakymo: „Jūs sapnuojate“. Taip buvo todėl, kad teiginys, jog racionaliai galima atrasti tikruosius teisingo elgesio principus, paprastai nebūdavo formuluojamas kaip atskira doktrina, bet iš pat pradžių buvo pateiktas, o vėliau ilgą laiką ginamas kaip sudedamoji negyvosios ir gyvosios gamtos bendros sampratos dalis. Ši pažiūra daugeliu atžvilgių yra šiuolaikinės pasaulietinės minties šerdį sudarančios bendros gamtos sam-

pratos antitezė. Todėl šios pažiūros kritikams atrodo, jog prigimtinės teisės teorija kyla iš gilias ir senas šaknis turinčios painiavos, nuo kurios šiuolaikinis mąstymas triumfuodamas išsivadavo, tuo tarpu šios pažiūros šalininkai linkę manyti, jog kritikai pabrėžia paviršutiniškus ir banalius dalykus, bet ignoruoja kur kas gilesnes tiesas.

Antai daugelis šiuolaikinių kritikų mano, kad teiginys, esą žmogaus protas geba atrasti tinkamą elgesį nustatančius įstatymus, remiasi paprastu žodžio „įstatymas" dviprasmiškumu* ir kad atskleidus šį dviprasmiškumą prigimtinės teisės mokykla patirs mirtiną smūgį. Kaip tik šitaip Johnas Stuartas Millis vertino Montesquieu, pirmame *Esprit des Lois*** skyriuje naiviai klaususį, kodėl negyvi daiktai, kaip antai žvaigždės, ir gyvūnai paklūsta „savo prigimties įstatymams", tuo tarpu žmogus to nedaro, bet nusideda. Millis manė, jog taip buvo atskleista ilgai trukusi painiava, kai įstatymai, formuluojantys gamtos tvarką arba dėsningumus, buvo suplakti su įstatymais, reikalaujančiais tam tikro žmonių elgesio. Pirmuosius galima atrasti stebėjimu ir protu, juos galima vadinti „deskriptyviais", ir juos atrasti yra mokslininko uždavinys; antrųjų šiuo būdu negalima atrasti, nes šie įstatymai yra ne teiginiai apie faktus arba šių faktų aprašymai, bet „nurodymai" arba reikalavimai žmonėms elgtis tam tikru būdu. Todėl į Montesquieu klausimą galima atsakyti paprastai: preskriptyviuosius įstatymus galima pažeisti, bet jie vis tiek liks įstatymai, nes toks pažeidimas reiškia tik tai, kad žmonės nedaro to, kas jiems liepta; ta-

* Anglų kalbos žodis *law* reiškia ne tik *teisę* arba *įstatymą* (žr. išnašą p. 45), bet ir *dėsnį* (plg. rusų k. *zakon* arba prancūzų k. *loi*). Siekiant vertimą padaryti kiek galima artimesnį originalo tekstui, šiame skyriuje tai, kas lietuviškai paprastai vadinama *gamtos dėsniu*, kartais (ne visuomet) šiek tiek dirbtinai vadinama *gamtos įstatymu*.

** *Įstatymų dvasia*, žymiausias XVIII a. prancūzų filosofo, teisininko, rašytojo Charles Louis de Montesquieu de Secondat veikalas, kuriame suformuluoti klasikinės valdžių padalijimo teorijos pagrindai.

čiau sakyti, kad galima arba negalima pažeisti mokslo atrastuosius gamtos įstatymus, yra beprasmybė. Jeigu žvaigždės elgiasi priešingai, negu skelbia jų dėsningą judėjimą bandantys aprašyti mokslo dėsniai, šie dėsniai ne pažeidžiami, bet praranda teisę būti vadinami „įstatymais", ir juos reikia suformuluoti iš naujo. Šiuos „įstatymo" prasmės skirtumus atitinka ir sistemingi su šia sąvoka susijusio žodyno, apimančio tokius žodžius, kaip „privalo", „įpareigotas", „reikia" ir „turi", vartosenos skirtumai. Šiuo požiūriu, tikėjimą prigimtine teise galima traktuoti kaip labai paprastą klaidą – nesugebėjimą įžvelgti, jog šiuos teisės prisodrintus žodžius galima vartoti labai skirtingomis prasmėmis. Lygiai taip pat toks tikintysis gali nesuvokti, jog sakiniuose „Tu turi atvykti į karo tarnybą" ir „Jeigu atsisuks šiaurės vėjas, turi pašalti" tas pats žodis turi visiškai skirtingą prasmę.

Kritikai, aršiausiai puolę prigimtinės teisės mokyklą, kaip antai Benthamas ir Millis, oponentams būdingą šių skirtingų „įstatymo" prasmių painiojimą dažnai siejo su dar gyvu tikėjimu, jog stebimus gamtos dėsningumus nustatė arba įsakė Dieviškasis Visatos Valdovas. Pasak tokio teokratinio požiūrio, tarp traukos dėsnio ir Dešimties įsakymų – Dievo žmogui nustatytos teisės – yra, Blackstone'o* žodžiais tariant, vienintelis palyginti nedidelis skirtumas: žmonėms vieninteliams iš visos kūrinijos duotas protas ir valios laisvė, todėl jie, skirtingai nuo daiktų, geba atrasti dieviškuosius nurodymus ir jiems nepaklusti. Tačiau prigimtinės teisės mokykla ne visuomet buvo susijusi su tikėjimu Dieviškuoju Valdovu arba Visatos Įstatymų Kūrėju; net ir tuomet, kai tokia sąsaja buvo, svarbiausioji prigimtinės teisės doktrina

* *Seras Williamas Blackstone'as* – vienas žymiausių Anglijos teisininkų (XVIII a.). Buvo teisėjas, Parlamento narys, universiteto profesorius ir administratorius. Oksfordo universitete skaitė Anglijos teisės paskaitas. Svarbiausias veikalas – *Anglijos įstatymų komentaras (The Commentaries on the Laws of England,* 1765–1769), padaręs pradžią universitetinėms Anglijos teisės studijoms, greta civilinės ir kanonų teisės.

logiškai nebuvo priklausoma nuo šio tikėjimo. Ir ta žodžio „prigimtinis“* prasmė, kuria šį žodį vartoja prigimtinės teisės mokykla, ir šiai mokyklai būdingas bendras požiūris, iki minimumo sumažinantis tokį akivaizdų ir tokį svarbų šiuolaikiniam mąstymui preskriptyviųjų ir deskriptyviųjų įstatymų skirtumą, siekia dar graikų mąstytojus, kurių pažiūros šiuo klausimu buvo pakankamai pasaulietinės. Išties vienokia ar kitokia forma prigimtinės teisės doktrina nuolat atgimsta dėl to, kad jos patrauklumą lemia ne Dievo ir ne žmogaus autoritetas, taip pat dėl to, kad, nepaisant mažai kam šiandien priimtinos terminijos ir metafizikos, ji teigia tam tikras elementarias tiesas, be kurių negalima suprasti nei moralės, nei teisės. Čia mes pabandysime šias tiesas atskirti nuo jų metafizinio konteksto ir išdėstyti paprasčiau.

Šių dienų pasaulietiniam mąstymui negyvų ir gyvų daiktų, gyvūnų ir žmonių pasaulis yra įvairių nuolat pasikartojančių įvykių bei pokyčių, patvirtinančių esant tam tikrus dėsningus ryšius, arena. Kai kuriuos iš šių ryšių žmonės atrado ir suformulavo kaip gamtos dėsnius. Tokiu šiuolaikiniu požiūriu, suprasti gamtą reiškia kai kuriuos jos reiškinius aiškinti pasitelkus žinias apie šiuos dėsningumus. Tiesa, realūs faktai, įvykiai arba pokyčiai neatsispindi didžiųjų mokslo teorijų struktūroje taip paprastai, kaip veidrodyje; išties dažna tokia teorija – tai tiesiog abstrakčios matematinės formulės, kuriose nėra jokios tiesioginės nuorodos į kokį nors tikrovės faktą. Jų ryšį su vykstančiais įvykiais ir pokyčiais sudaro tai, jog remiantis šiomis abstrakčiomis formuluotėmis galima daryti apibendrinimus, susijusius su vykstančiais įvykiais, kuriuos šie įvykiai gali patvirtinti arba įrodyti esant nepagrįstus. Todėl mokslo teorijos pretenzijos, esą ji padeda mums geriau pažinti gamtą, galiausiai pri-

* *Natural* (prigimtinė teisė – *natural law*) – šis žodis reiškia ir *prigimtinis*, ir *gamtinis* (gamtiškas), ir *natūralus*, ir *įgimtas*, ir *normalus*, ir *įprastas* (įprastinis), ir *paprastas*, ir netgi (specifiniame kontekste) *objektyvus*.

klauso nuo jos gebėjimo remiantis dėsningai vykstančių dalykų apibendrinimu numatyti, kas įvyks. Traukos dėsnis ir antrasis termodinamikos dėsnis šiuolaikiniam mąstymui yra gamtos dėsniai, o ne tik matematinės konstrukcijos, nes jie teikia informaciją apie matomų reiškinių dėsningumus.

Prigimtinės teisės doktrina priklauso tai senesniajai gamtos sampratai, kurioje regimasis pasaulis yra ne tik tokių dėsningumų raiškos arena, o gamtos pažinimas – ne tik šių dėsningumų pažinimas. Priešingai, remiantis šiuo senesniuoju požiūriu, į kiekvieną egzistuojantį ir pavadinimą turintį gyvą ar negyvą daiktą arba žmogų žiūrima ne tik kaip į siekiantį palaikyti savo egzistenciją, bet ir kaip į savo raida siekiantį apibrėžtos optimalios būklės, kuri yra tam tikras gėris, arba jam tinkamo *tikslo** (*τέλος, finis***).

Tai teleologinė gamtos koncepcija, pasak kurios daiktai vystydamiesi pereina keletą tobulumo lygių. Stadijos, kuriomis kiekvienas tam tikros rūšies daiktas vystosi savo specifinio ar tikrojo tikslo linkme, dėsningai kartojasi; jas galima suformuluoti apibendrinimuose, aprašančiuose būdingą daikto kitimo būdą arba veiksmą, arba vystymąsi; tad šia prasme teleologinė pažiūra į gamtą sutampa su šiuolaikine pažiūra. Jos skiriasi tuo, kad, teleologiniu požiūriu, daiktams dėsningai nutinkantys įvykiai nėra mąstomi *tik* kaip dėsningai vykstantys, o klausimai, ar šie įvykiai *tikrai* vyksta dėsningai, ar jie *turi* vykti ir ar yra *gerai*, kad jie vyksta, nelaikomi nesusijusiais klausimais. Priešingai, tai, kas paprastai nutinka (išskyrus kai kurias retas „atsitiktinumui" priskiriamas baisybes), galima ir paaiškinti, ir įvertinti kaip gėrį arba kaip tai, kas turėjo įvykti, interpretuojant tai kaip žingsnį šio daikto tikrojo tikslo arba siekimo linkme. Todėl daikto vystymosi dėsniai turėtų nurodyti ir tai, kaip jis tu-

* Originale – *the end*, kuris gali būti verčiamas ir *pabaiga (baigtis)*, ir *užbaigtumas (apvainikavimas)*, ir *tikslas*, ir netgi *mirtis*.

** Riba, pabaiga, tikslas *(gr., lot.)*.

rėtų elgtis arba kisti, ir tai, kaip jis paprastai elgiasi arba kinta.

Abstrakčiai suformuluotas toks gamtos mąstymo būdas atrodo keistas. Bet, kadangi teleologinį požiūrį ir šiandien dar atspindi įprasti daiktų – bent jau gyvųjų – vystymosi apibūdinimo būdai, šis požiūris gali pasirodyti ne toks fantastiškas, jeigu prisiminsime kai kuriuos net ir dabar vartojamus kalbėjimo apie šiuos daiktus būdus. Antai gilės atveju jos išaugimas į ąžuolą yra toks dalykas, kuris ne tik dėsningai nutinka gilėms, bet ir, priešingai negu jos supuvimas (kuris irgi yra dėsningas), yra laikomas jos optimalia brandos būkle, kurios šviesoje tarpinės stadijos interpretuojamos ir vertinamos kaip geros arba blogos, drauge identifikuojant jos skirtingų dalių „funkcijas" ir struktūrinius pokyčius. Normalus lapų augimas reikalingas tuo atveju, jeigu jis leidžia sukaupti „pilnaverčiui" arba „tinkamam" vystymuisi reikalingą drėgmę, o lapų „funkcija" ir yra tiekti drėgmę. Todėl šį augimą mes ir mąstome, ir įvardijame kaip tai, kas „natūraliai turi vykti". Kalbant apie negyvų daiktų veiksmus arba judėjimą, toks kalbėjimo būdas, atrodo, tinka kur kas mažiau, nebent šie dalykai būtų žmonių tikslingai sukelti artefaktai. Teiginys, jog krentantis ant žemės akmuo siekia tam tikro jam būdingo „tikslo" arba grįžta į savo „tikrąją vietą" tarsi į arklidę šuoliuojantis žirgas, atrodo šiek tiek komiškas.

Teleologinį požiūrį į gamtą iš dalies sunku suprasti dėl to, kad sumažindamas iki minimumo skirtumus tarp teiginių, konstatuojančių, kas dėsningai vyksta, ir teiginių, nurodančių, kas turi įvykti, jis kartu labai sumažina šiuolaikiniam mąstymui tokius svarbius skirtumus tarp žmonių, *turinčių* savo tikslą ir sąmoningai siekiančių jį realizuoti, ir kitų gyvų arba negyvų daiktų. Juk, teleologiškai žvelgiant į pasaulį, žmogus, kaip ir kiti daiktai, mąstomas kaip siekiantis jam nustatytos specifinės optimalios būklės arba tikslo,

o ta aplinkybė, kad jis, priešingai negu kiti daiktai, tai gali daryti sąmoningai, nelaikoma radikaliu skirtumu tarp žmogaus ir visos kitos gamtos. Šis specifinis žmogaus tikslas arba gėris iš dalies primena tokią kitų gyvų daiktų būklę, kai yra pasiekta biologinė branda ir išvystytos fizinės galios; bet čia yra ir grynai žmogiškas elementas – proto ir charakterio vystymasis ir tobulumas, kurį liudija mąstymas ir elgesys. Kitaip negu kiti daiktai, žmogus geba mąstymu ir refleksija atskleisti, ką žada šis jo proto ir charakterio tobulumas, ir šių dalykų trokšti. Tačiau, teleologiniu požiūriu, ši optimali būklė nėra žmogiškasis gėris ar žmogaus tikslas dėl to, kad žmogus jos trokšta; veikiau žmogus jos trokšta todėl, kad ši būklė yra jo natūralus tikslas.

Kita vertus, daug kas iš šio teleologinio požiūrio išlikę kai kuriuose mūsų mąstymo arba kalbėjimo apie žmones būduose. Jis reiškiasi, kai tam tikrus dalykus mes identifikuojame kaip žmogaus poreikius, kuriuos yra *gera* tenkinti, o tam tikrus žmonėms padarytus ar jų patirtus dalykus – kaip *žalą* arba *sužalojimą*. Antai nors tiesa, kad kai kurie žmonės norėdami numirti gali atsisakyti valgyti arba ilsėtis, į valgymą ir poilsį mes žiūrime kaip į kažką daugiau, negu tik žmonių dėsningai daromus arba kartais trokštamus dalykus. Net jeigu kas nors atsisako maisto ir poilsio tuomet, kai jie jam reikalingi, maistas ir poilsis yra žmonių poreikiai. Todėl sakoma ne tik kad visiems žmonėms yra natūralu valgyti ir miegoti, bet ir kad visi žmonės kartais turi valgyti ir ilsėtis, arba kad šie dalykai iš prigimies yra geri. Žodis „iš prigimties“, vartojamas tokiuose žmonių elgesio vertinimuose, turi atskirti juos ir nuo vertinimų, atspindinčių tik konvencijas arba žmonių nurodymus („Tu turi nusiimti skrybėlę“), kurių turinio negalima atrasti mąstymu arba refleksija, ir nuo vertinimų, kurie tik nurodo, ko reikia pasiekti tam tikram konkrečiam tikslui, kurį tam tikru metu vienas žmogus gali turėti, o kitas ne. Tokią pačią pažiūrą

atspindi mūsų siūloma kūno organų *funkcijų* koncepcija ir toji riba, kurią mes nubrėžiame tarp šių funkcijų ir paprastų priežastinio ryšio požymių. Sakoma, kad širdies funkcija yra varinėti kraują, bet nesakoma, kad vėžinio auglio funkcija yra būti mirties priežastimi.

Šiuos primityvius pavyzdžius, kuriais norėjome pailiustruoti įprastuose samprotavimuose apie žmogaus veiksmus vis dar gyvus teleologinius elementus, paėmėme iš kuklios ir žmonėms, ir gyvūnams bendros biologinių faktų srities. Galima teisingai pažymėti, jog šis samprotavimo ir išraiškos būdas yra prasmingas dėl vieno visiškai akivaizdaus dalyko – numanomos prielaidos, jog tikrasis žmonių veiklos tikslas yra išlikimas, o ši prielaida remiasi paprastu atsitiktiniu faktu, kad dauguma žmonių didžiąją dalį laiko nori tęsti savo egzistenciją. Iš prigimties gerais vadinami veiksmai yra tokie, kurie reikalingi norint išlikti; žmogaus poreikių, žalos ir kūno organų *funkcijų* arba pokyčių sampratos remiasi tuo pačiu paprastu faktu. Žinoma, jeigu čia sustotume, turėtume tik labai supaprastintą prigimtinės teisės variantą: šio požiūrio klasikai išlikimą *(perseverare in esse suo*)* traktavo tik kaip patį žemiausią daug sudėtingesnės ir kur kas labiau ginčytinos žmogaus tikslo arba žmogiškojo gėrio koncepcijos sluoksnį. Aristotelis į ją įtraukė nesuinteresuotą žmogaus intelekto lavinimą, o Akvinietis – Dievo pažinimą; ir viena, ir kita yra vertybės, kurios gali būti ir buvo kvestionuojamos. Dar kiti mąstytojai, iš kurių paminėtini Hobbesas ir Hume'as, buvo linkę nukreipti savo žvilgsnius žemiau: kukliame tiksle išlikti jie įžvelgė pagrindinį ir neginčytiną elementą, suteikiantį prigimtinės teisės terminijai empirinį prasmingumą. „Žmogaus prigimtis jokiu būdu negalėtų tverti be individų bendrijos, o tokia

* Išlik, kas esi *(lot.)*.

bendrija niekuomet nebūtų įmanoma, jeigu nebūtų gerbiami sąžinės ir teisingumo* įstatymai."[28]

Ši paprasta mintis iš tikrųjų yra labai glaudžiai susijusi ir su teisės, ir su moralės būdingais bruožais; ją galima atskirti nuo labiau ginčytinų bendro teleologinio požiūrio elementų, žmogaus tikslą arba žmogiškąjį gėrį traktuojančių kaip ypatingą gyvenimo būdą, dėl kurio žmonės tikrai gali didžiai nesutarti. Maža to, samprotaudami apie išlikimą, idėją, jog tai, ko žmonės būtinai trokšta, nes tai yra jų tikrasis siekimas arba tikslas, yra iš anksto nustatyta, mes galime atmesti kaip pernelyg metafizinę šiuolaikiniam mąstymui. Tai, kad žmonės apskritai trokšta gyventi, galima laikyti visiškai atsitiktiniu faktu ir pripažinti, jog galėtų būti ir kitaip; mintis, jog išlikimas yra žmogaus siekimas arba jo tikslas, gali nereikšti nieko daugiau, kaip tik tai, kad žmonės šito trokšta. Bet, net jeigu sveikas protas mus skatina į šiuos dalykus žiūrėti būtent šitaip, vis tiek išlikimas turi ypatingą statusą žmonių elgesio atžvilgiu ir mūsų mąstyme apie šį elgesį; šis statusas atitinka tą reikšmingumą ir būtinumą, kuriuos išlikimui priskiria ortodoksinės prigimtinės teisės mokyklos formuluotės. Taip yra ne tik dėl to, kad absoliuti dauguma žmonių iš tikrųjų trokšta gyventi, tegu ir baisiame skurde, bet ir dėl to, kad šį troškimą atspindi visos mūsų mąstymo ir kalbos struktūros, kuriomis mes apibūdiname pasaulį ir vienas kitą. Negalima eliminuoti visuotinio noro gyventi, nepaliečiant tokių sąvokų, kaip pavojus ir saugumas, žala ir nauda, poreikis ir funkcija, liga ir gydymas, nes šios sąvokos leidžia kartu ir apibūdinti reiškinius, ir juos vertinti pagal tai, koks yra jų įnašas į išlikimą, akceptuojamą kaip tikslas.

* Originale – *laws of equity and justice;* abu šie terminai į lietuvių kalbą paprastai verčiami *teisingumas*. Apie *equity* sampratą žr. išnašą p. 139.

[28] Hume, *Treatise of Human Nature*, III, ii, „Of Justice and Injustice".

Tačiau be šių samprotavimų, įrodančių, jog akceptuoti išlikimą kaip tikslą yra būtina, galima pateikti ir kitų – paprastesnių, ne tokių filosofiškų, tam tikra prasme glaudžiau susijusių su diskusija apie žmonių teisę ir moralę. Mes neturime nukrypti nuo šios temos, nes tokios iš pat pradžių buvo diskusijos sąlygos; mums rūpi tokie socialiniai dariniai, kuriais siekiama palaikyti egzistenciją, o ne tie, kurie skirti savižudžių klubui. Mes norime žinoti, ar tarp šių socialinių darinių yra tokių, kuriuos galima aiškiai pavadinti protu atrandamais prigimtiniais įstatymais, ir koks yra jų ryšys su žmonių teise ir morale. Keldami šį ar bet kokį kitą klausimą apie tai, *kaip* žmonės turėtų gyventi drauge, mes neturime pamiršti, kad jų tikslas, apskritai kalbant, yra gyventi. Tuomet argumentuoti yra nesunku. Tam tikrų visiškai akivaizdžių žmogaus prigimties ir žmonių gyvenamojo pasaulio apibendrinimų – išties gerai žinomų tiesų – apmąstymas leidžia daryti išvadą, jog kiekvienoje norinčioje išlikti gyvybinga socialinėje organizacijoje turi būti tam tikros elgesio normos, ir tokios normos yra tol, kol jos yra laikomos geromis. Visose visuomenėse, pasiekusiose tokią pakopą, kurioje teisė ir moralė skiriamos kaip skirtingos socialinės kontrolės formos, tokios normos iš tikrųjų yra bendros teisei ir konvencionaliajai moralei. Greta jų, ir teisėje, ir moralėje yra daug dalykų, būdingų tik tam tikrai konkrečiai visuomenei, daug tokių dalykų, kurie gali būti laikomi voliuntarizmo apraiška arba tiesiog pasirinkimo dalyku. Elementariomis tiesomis apie žmones, jų natūralią aplinką bei tikslus grindžiami visuotinai pripažįstami elgesio principai gali būti laikomi prigimtinės teisės *minimaliu turiniu*; juos reikia skirti nuo pretenzingesnių arba labiau abejotinų konstrukcijų, kurios dažnai pateikiamos tokiu pavadinimu. Kitame skirsnyje mes aptarsime šiam kukliam, bet svarbiam minimumui pagrindą suteikiančius ryškiausius žmo-

gaus prigimties bruožus, pateikdami juos kaip penkias gerai žinomas tiesas.

2. Minimalus prigimtinės teisės turinys

Mes čia išdėstysime paprastas gerai žinomas tiesas; nagrinėjant jas bei jų ryšį su teise ir morale, svarbu pažymėti, jog kiekvienu atveju minimieji faktai pateikia *motyvą,* kodėl, jeigu išlikimas laikomas tikslu, teisė ir moralė turi turėti specifinį turinį. Kaip bendriausią galima būtų nurodyti tokį paprastą argumentą: neturėdami tokio turinio, ir įstatymai, ir moralė negalėtų patenkinti to minimalaus tikslo – išlikti, kurį sau kelia žmonės, jungdamiesi į bendrijas. Jeigu nebūtų tokio turinio, nebūtų ir jokios priežasties, dėl kurios patys žmonės turėtų savanoriškai laikytis kokių nors normų; o jeigu tie, kurie įsitikina, kad jų interesai reikalauja laikytis normų ir jas palaikyti, bent minimaliai vieni su kitais savo noru nebendradarbiautų, tai nebūtų įmanoma taikyti prievartą kitiems žmonėms – tiems, kurie nesilaiko normų savo noru. Išsiaiškinti gana skirtingas objektyvių faktų ir teisės ar moralės normų ryšio formas yra ne tik svarbu, bet ir įmanoma, todėl svarbu pabrėžti šio požiūrio postuluojamą objektyvių faktų ir teisės bei moralės normų turinio ryšio itin racionalų pobūdį. Antai dar jauni psichologijos ir sociologijos mokslai gali nustatyti, o galbūt jau ir nustatė, kad negali būti jokios įstatymų sistemos ir jokio moralinio kodekso, jeigu nėra patenkinamos tam tikros fizinės, psichologinės arba ekonominės sąlygos, pavyzdžiui, jeigu šeimoje maži vaikai nėra maitinami ir tam tikru būdu auklėjami, arba kad savo funkcijas sėkmingai gali atlikti tik tam tikros rūšies įstatymai. Šio tipo natūralių sąlygų ir normų sistemų ryšiuose nėra vietos tarpiniam elementui – *motyvams,* nes čia tam tikrų normų buvimas nesiejamas su tų, kieno normos jos yra, sąmoningais tikslais ar ketinimais.

Tam tikru būdu galima įrodyti, jog maitinimas vaikystėje yra būtina sąlyga, kad gyventojai sukurtų arba palaikytų moralinį arba teisinį kodeksą, ar net tokio moralinio arba teisinio kodekso sukūrimo arba palaikymo *priežastis,* bet tai nėra *motyvas* gyventojams tai daryti. Tarp tokių priežastinių ryšių ir ketinimais arba sąmoningais tikslais grindžiamų ryšių nėra jokios priešpriešos; pirmuosius ištes galima laikyti svarbesniais arba fundamentalesniais už antruosius, nes jie gali konkrečiai paaškinti, kodėl žmonėms yra būdingi tie sąmoningi tikslai arba ketinimai, kuriuos prigimtinės teisės mokykla laiko savo išeities tašku. Šios rūšies priežastiniai aiškinimai nesiremia gerai žinomomis tiesomis, sąmoningi tikslai arba ketinimai juose taip pat nėra tarpiniai elementai: šiuos aiškinimus, pasitelkusios apibendrinimą ir teoriją, kurie remiasi stebėjimu, o kur įmanoma – ir eksperimentu, turi suformuluoti sociologija ir psichologija, taip pat kiti mokslai. Todėl šie ryšiai skiriasi nuo tų, kurie tam tikrų teisės ir moralės normų turinį sieja su faktais, postuluojamais štai tokių gerai žinomų tiesų.

(i) *Žmogaus pažeidžiamumas.* Teisė ir moralė daugiausia reikalauja ne teikti kokias nors aktyvias paslaugas, bet susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų, šiuos reikalavimus paprastai formuluodama negatyvia forma kaip draudimus. Iš jų socialiniame gyvenime svarbiausi yra tie, kurie draudžia naudoti smurtą, žudyti arba padaryti kūno sužalojimus. Pagrindinis tokių normų požymis gali būti suformuluotas klausimu: jeigu nebūtų šių normų, kokia prasmė tokioms kaip mes būtybėms būtų turėti *kokias nors* kitas normas? Šio retorinio klausimo reikšmę lemia ta aplinkybė, kad kartais žmonės būna linkę užpulti ir sužaloti kitą, ir paprastai jie yra pažeidžiami. Vis dėlto nors tai gerai žinomas dalykas, bet nebūtinai visada yra tiesa – kadaise galėjo būti arba kada nors gali būti kitaip. Yra tokių gyvūnų rūšių, kurių fizinė struktūra (pavyzdžiui, išoriniai griaučiai arba kara-

paksas) juos visiškai apsaugo nuo kitų tos pačios rūšies atstovų užpuolimo ir nuo kitų gyvūnų, kurie neturi organų, kad galėtų užpulti. Jeigu žmonės nebegalėtų vienas kito pažeisti, išnyktų vienas akivaizdus pagrindas, kuriuo remiasi būdingiausia teisės ir moralės nuostata: *Nežudyk.*

(ii) *Apytikrė lygybė.* Žmonės vienas nuo kito skiriasi fizine jėga, aktyvumu, o dar labiau – intelektualiniais sugebėjimais. Ir vis dėlto skirtingų teisės ir moralės formų supratimui labai svarbi ta aplinkybė, jog nė vienas individas nėra tiek galingesnis už kitus, kad galėtų ilgesnį laiką niekieno nepadedamas viešpatauti jų atžvilgiu ar juos pavergti. Net ir didžiausias stipruolis turi kartais miegoti, o užmigęs jis praranda savo pranašumą. Šis apytikrės lygybės faktas labiau negu kuris nors kitas išryškina būtinybę turėti abipusio susilaikymo ir kompromisų sistemą, kuri yra ir teisinės, ir moralinės prevolės pagrindas. Socialinis gyvenimas ir jo normos, reikalaujančios tokio susilaikymo, kartais įkyri; bet, šiaip ar taip, apytikriai lygioms būtybėms jos nėra tokios bjaurios, bukos ir šiurkščios, kaip nevaržoma agresija. Žinoma, visiškai neturėtų stebinti tai, kad, susiformavus tokiai susilaikymo sistemai, visuomet atsiras tokių, kurie norės ja naudotis, gyvendami jos šešėlyje ir kartu pažeisdami jos nustatytus apribojimus; tai irgi žinoma tiesa. Kaip bus vėliau parodyta, tai išties yra vienas iš objektyvių faktų, lemiančių būtinumą nuo tik moralinių socialinės kontrolės formų pereiti prie organizuotų teisinių. Ir šiuo atveju viskas galėjo būti kitaip. Užuot visi buvę apytikriai lygūs, kai kurie žmonės galėtų būti gerokai stipresni už kitus ir geriau sugebėti išsiversti be jų – arba dėl to, kad kai kurie žmonės šiuo atžvilgiu gerokai viršytų dabartinį vidurkį, arba dėl to, kad didžioji dalis žmonių gerokai nuo jo atsiliktų. Tokie nepaprasti žmonės galėtų daug ką laimėti agresyvumu, bet mažai ką peštų dėl savitarpio susilaikymo arba kompromisų su kitais. Tačiau, norint įsitikinti kardinalia apy-

tikrės lygybės fakto reikšme, nereikia fantazuoti apie milžinus tarp pigmėjų, nes ją geriausiai atskleidžia faktai iš tarptautinio gyvenimo srities: valstybių galia ir pažeidžiamumas čia yra (ar buvo) tiesiog nesugretinami. Kaip pamatysime vėliau, ši tarptautinės teisės subjektų nelygybė buvo vienas iš veiksnių, lėmusių, kad tarptautinė teisė įgijo visiškai skirtingą, palyginti su municipaline teise, pobūdį, ir apribojusių jos gebėjimo funkcionuoti kaip organizuota prievartinė sistema mastą.

(iii) *Ribotas altruizmas.* Žmonės – ne velniai, valdomi troškimo išnaikinti vienas kitą; įrodinėjimo, kad, turint tik kuklų tikslą išlikti, pagrindinės teisės ir moralės normos yra būtinos, nederėtų tapatinti su klaidinga pažiūra, esą žmonės iš principo yra godūs ir nėra nesavanaudiškai suinteresuoti savo artimo išlikimu ir gerove. Bet nors žmonės nėra velniai, jie nėra ir angelai; tas faktas, kad žmonės yra per vidurį tarp šių dviejų kraštutinumų, lemia abipusio susilaikymo sistemos būtinybę ir galimybę ją sukurti. Angelams, niekuomet nepasiduodantiems pagundai pakenkti kitiems, susilaikymo reikalaujančios normos nebūtų reikalingos. Tuo tarpu velniams, pasirengusiems naikinti, nesvarbu, kokią kainą už tai reikės sumokėti, tokios normos būtų neįmanomos. Todėl žmonės tik tam tikru mastu ir tik kai kada būna altruistai, o polinkis į agresiją kartojasi gana dažnai ir, jeigu nebūtų kontroliuojamas, socialiniam gyvenimui galėtų būti lemtingas.

(iv) *Riboti ištekliai.* Žmonėms reikia maisto, drabužių ir pastogės, tačiau po ranka nėra jų beribio pertekliaus, jų stinga, juos reikia užauginti arba atkovoti iš gamtos, arba sukurti žmogaus triūsu; bet tai – tik atsitiktinis faktas. Jau vien dėl šių faktų yra būtina tam tikra minimali nuosavybės (bet nebūtinai individualios nuosavybės) instituto forma, taip pat tam tikros rūšies normos, reikalaujančios gerbti šį institutą. Paprasčiausias nuosavybės formas išreiškia normos,

neleidžiančios kitiems žmonėms – ne „savininkui" – vaikščioti po žemę ar ją naudoti arba paimti ar naudoti materialius daiktus. Auginant javus, žemė turi būti apsaugota, kad po ją nevaikščiotų kas tinkamas, o maistas – nuo jo užaugimo arba sugavimo iki suvartojimo – turi būti apsaugotas, kad jo nepasisavintų kiti. Gyvenimas visuomet ir visur priklauso nuo šio minimalaus susilaikymo. Ir šiuo atžvilgiu viskas galėjo būti kitaip, negu yra. Žmogaus organizmas galėtų būti sukonstruotas kaip augalų, gebančių gauti maistą iš oro, arba tai, ko reikia žmogui, galėtų augti neribotais kiekiais be jokio kultivavimo.

Kol kas mes aptarinėjome tik *statiškas* normas – statiškas ta prasme, kad individai negali keisti nei šių normų nustatomų prievolių, nei šių prievolių apimties. Bet dėl darbo pasidalijimo, kurį, norėdamos turėti pakankamus išteklius, turi suformuoti visos grupės, išskyrus pačias mažiausias, atsiranda poreikis turėti *dinamiškas* normas – dinamiškas ta prasme, kad jos įgalina individus pačius sukurti prievoles ir keisti jų apimtį. Iš šių normų paminėtinos normos, įgalinančios žmones perduoti, keisti ar parduoti savo produktus; šie sandoriai reiškia, jog žmonės geba keisti paprasčiausią nuosavybės formą apibrėžiančių pradinių teisių ir prievolių apimtį. Tas pats neišvengiamas darbo pasidalijimas bei amžinas poreikis bendradarbiauti taip pat yra veiksniai, lemiantys kitų dinamiškų, arba prievoles sukuriančių, normų formų būtinumą socialiniame gyvenime. Jos užtikrina pasižadėjimų pripažinimą prievolės šaltiniu. Šis mechanizmas įgalina individus ištarus arba parašius tam tikrus žodžius tapti atsakingus ir patirti pasmerkimą arba bausmę, jeigu jie neįvykdo to, dėl ko buvo susitarta. Kai altruizmas nėra beribis, reikia nustatyti procedūrą, numatančią tokias susisaistymo opracijas, kurios leistų sukurti minimalų pasitikėjimą būsimuoju kitų asmenų elgesiu ir užtikrintų bendradarbiavimui būtiną galimybę šį elgesį numatyti. Šis

būtinumas ypač akivaizdus tais atvejais, kai mainomi ar bendrai planuojami dalykai yra savitarpio paslaugos arba kai mainomų arba parduodamų prekių negalima gauti tuo pačiu metu arba nedelsiant.

(v) *Ribotas suvokimas ir valios stiprybė.* Faktai, lemiantys pagarbos asmenims, nuosavybei ir pasižadėjimams reikalaujančių normų būtinumą socialiniame gyvenime, yra paprasti, o jų visuotinis naudingumas akivaizdus. Dauguma žmonių geba suvokti šią naudą ir, kaip reikalauja šių normų laikymasis, paaukoti tiesioginius trumpalaikius interesus. Iš tikrųjų jie gali paklusti dėl daugelio motyvų – kai kurie išmintingai apskaičiavę, kad nauda didesnė už auką, kai kurie dėl nesavanaudiško rūpinimosi kitų gerove, kai kurie dėl to, kad normas mano esant savaime vertas pagarbos, o ištikimybę joms laiko savo idealu. Kita vertus, nei ilgalaikio intereso suvokimas, nei valios stiprybė ar jos gerumas, t.y. dalykai, kuriais remiasi šių skirtingų motyvų paklusti efektyvumas, nėra visų žmonių vienodi. Visiems kada nors kyla pagunda atiduoti pirmenybę savo pačių tiesioginiams ineresams, ir, jeigu nebūtų specialios organizacijos tokiems dalykams išaiškinti ir nubausti, daugelis tokiai pagundai neatsispirtų. Nėra jokios abejonės, kad savitarpio susilaikymo pranašumai yra tokie ženklūs, jog savo noru bendradarbiaujančių prievartinėje sistemoje skaičius ir jėga būtų gerokai didesni, negu bet kokio įmanomo teisės pažeidėjų susivienijimo. Ir vis dėlto, išskyrus labai mažas ir glaudžias visuomenes, būtų kvaila nusilenkti suvaržymų sistemai, jeigu nebūtų organizacijos, taikančios prievartą tiems, kurie tokiu atveju bandytų pasinaudoti sistemos teikiamais pranašumais, bet nepaklustų jos nustatytoms prievolėms. Todėl „sankcijos" yra reikalingos ne kaip paprastas motyvas paklusti, bet kaip *garantija,* kad paklūstantieji savo noru nebus paaukoti nepaklūstantiesiems. Kitaip paklusti reikštų rizikuoti patirti nesėkmę. Kadangi šis pavojus yra nuo-

latinis, protinga yra reikalauti *savanoriško* bendradarbiavimo *prievartinėje* sistemoje.

Reikia pažymėti, jog minėtasis objektyvus žmonių apytikrės lygybės faktas taip pat turi lemiamą reikšmę organizuotų sankcijų efektyvumui. Jeigu kai kurie žmonės būtų žymiai galingesni už kitus ir dėl to nepriklausomi nuo to, ar pastarieji susilaiko, teisės pažeidėjų galia galėtų viršyti teisės ir tvarkos šalininkų galią. Esant tokiai nelygybei, sankcijų taikymas negalėtų būti sėkmingas ir užtrauktų pavojų, tikrai ne mažesnį už tą, kurio šiomis sankcijomis buvo siekiama išvengti. Tokiomis aplinkybėmis vietoj socialinio gyvenimo, grindžiamo savitarpio susilaikymo sistema, kai tik retkarčiais prieš teisės pažeidėjų mažumą naudojama jėga, vienintelė gyvybinga sistema būtų toji, kurioje silpnasis paklustų stipriajam pačiomis geriausiomis sąlygomis, kokias tik jam pavyktų užsitikrinti, ir gyventų jo „globojamas". Dėl išteklių trūkumo tai lemtų keleto konfliktuojančių jėgos centrų, susitelkusių apie savo „stipruolį", susidarymą; kartkartėmis šie centrai galbūt kariautų tarpusavyje, bet pralaimėjimo rizika – natūrali sankcija, kuri niekuomet nebūna nereikšminga, – galėtų garantuoti nelengvą taiką. Tuomet reguliuoti klausimams, dėl kurių „galybės" nenorėtų kariauti, galėtų būti akceptuotos tam tikros normos. Ir vėl, norint suprasti nesudėtingą apytikrės lygybės logistiką ir jos svarbą teisei, nereikia svaičioti apie pigmėjus ir milžinus. Tarptautinė arena, kurioje atitinkamų subjektų galia labai skiriasi, šiuo atžvilgiu yra pakankamai iliustratyvi. Ištisus šimtmečius valstybių skirtumai lemdavo tokią sistemą, kurioje organizuotos sankcijos būdavo neįmanomos, o teisė turėdavo apsiriboti dalykais, neturėjusiais „gyvybinės" reikšmės. Dar neaišku, kokiu mastu atominiai ginklai, tapę prieinami visiems, atstatys nelygių jėgų pusiausvyrą ir kokias kontrolės formas, labiau primenančias municipalinę baudžiamąją teisę, jie sukurs.

Mūsų aptartosios paprastos gerai žinomos tiesos ne tik atskleidžia išmintingą prigimtinės teisės doktrinos pagrindą. Norint suvokti teisę ir moralę, šios tiesos yra gyvybiškai svarbios; jos paaiškina, kodėl grynai formalus jų pagrindinių formų apibrėžimas, nenurodant jokio specifinio turinio, buvo toks nevykęs. Tikriausiai didžiausia nauda, kurią šis požiūris teikia jurisprudencijai, yra ta, kad jis išvaduoja ją nuo tam tikrų apgaulingų dichotomijų, dažnai diskusiją apie teisės savybes nukreipiančių klaidinga linkme. Antai, vadovaujantis šiuo paprastu prigimtinės teisės mokyklos požiūriu, tradicinį klausimą, ar kiekviena teisinė sistema *turi* nustatyti sankcijas, galima suformuluoti naujai ir gerokai aiškiau. Mums nebereikia rinktis vienos iš dviejų dažnai vienintelėmis laikomų netinkamų alternatyvų: pirmoji skelbia, jog to reikalauja „pati" žodžių „teisė" arba „teisinė sistema" reikšmė, o kita teigia, jog tai, kad dauguma teisinių sistemų iš tikrųjų nustato sankcijas, yra „tik faktas". Nė viena iš šių alternatyvų mūsų nepatenkina. Nėra jokių apibrėžtų principų, draudžiančių žodžiu „teisė" pavadinti sistemas, kuriose nėra centralizuotai organizuotų sankcijų, o terminu „tarptautinė teisė" įvardyti sistemą, kuri visiškai jų neturi, yra netgi prasminga (bet neprivaloma). Kita vertus, reikia suprasti, kokia vieta municipalinėje teisinėje sistemoje turi būti skiriama sankcijoms, jeigu norima, kad jos tarnautų tokių būtybių kaip mes minimaliems tikslams. Žinodami būdingus faktus ir tikslus, dėl kurių sankcijos municipalinėje teisinėje sistemoje yra įmanomos ir būtinos, galime sakyti, jog tai yra *natūrali būtinybė;* kokios nors panašios frazės reikia ir apibūdinti asmenų, nuosavybės ir pasižadėjimų apsaugos minimalių formų, kurios taip pat yra neatskiriami municipalinės teisės bruožai, statusui. Kaip tik šitaip reikėtų atsakyti į pozityvizmo tezę, kad „teisė gali būti bet kokio turinio". Juk pakankamai svarbi yra ir tokia tiesa: norint teisingai apibūdinti ne tik teisę, bet ir daugelį

kitų socialinių institutų, reikia palikti vietos ne tik apibrėžimams ir paprastiems fakto konstatavimams, bet ir trečiajai teiginių kategorijai – tokiems teiginiams, kurių teisingumas priklauso nuo žmonių ir nuo pasaulio, kuriame jie gyvena, neprarasdami savo ryškiausių bruožų.

3. Teisinis galiojimas ir moralinis vertingumas

Ir teisėje, ir moralėje slypinčios savitarpio susilaikymo sistemos teikiama apsauga bei nauda skirtingose visuomenėse gali būti taikoma labai skirtingam asmenų ratui. Tiesa, atsisakius teikti šią elementarią apsaugą kuriai nors žmonių klasei, sutinkančiai akceptuoti atitinkamus suvaržymus, būtų pažeisti moralės ir teisingumo principai, kuriuos bent jau žodžiais pripažįsta visos šiuolaikinės valstybės. Jų visų atvirai reiškiamas moralinis požiūris yra persunktas idėja, jog bent jau šių fundamentalių dalykų atžvilgiu žmonės turi teisę būti traktuojami vienodai, o traktavimo skirtumams pateisinti nepakanka tik nuorodos į kitų asmenų interesus.

Ir vis dėlto aišku, jog nei teisė, nei visuomenių akceptuotoji moralė nereikalauja, kad jų minimali apsauga būtų teikiama visiems, susijusiems su šiomis visuomenėmis; dažnai tai ir nebūdavo daroma. Vergovinėse visuomenėse dominuojanti grupė tikriausiai nė nemanė, kad vergai yra žmonės, o ne tik naudojimui skirti objektai, bet ši grupė morališkai buvo labai jautri vienas kito pretenzijoms ir interesams. Huckleberry Finnas, paklaustas, ar dėl garlaivio sprogimo niekas nenukentėjo, atsakė: „Ne, tik užmušė negrą“. Tetos Sally atsakymas „Tai gerai, nes kartais sužalojami žmonės“ glaustai išreiškia visą dažnai žmonėse dominavusią moralę. Kaip Huckas patyrė savo kailiu, jeigu ten, kur vyrauja tokia moralė, dominuojančios grupės nariams būdingas rūpinimasis kitais apima ir vergus, tai visiškai gali būti vertinama

kaip sunkus moralinis nusižengimas, užtraukiantis visas su moraline kalte susijusias komplikacijas. Laiko požiūriu mums nemaloniai artimas analogijas pateikia nacistinė Vokietija ir Pietų Afrika.

Nors kai kurių visuomenių teisė kartais aplenkdavo akceptuotąją moralę, paprastai įstatymai seka įkandin moralės, ir net vergo nužudymas gali būti laikomas tik viešųjų išteklių niokojimu arba nusižengimu šeimininkui, kurio nuosavybė yra šis vergas. Netgi ten, kur vergija nėra oficialiai pripažįstama, diskriminacija pagal rasę, odos spalvą arba tikėjimą gali sukurti tokią teisinę sistemą ir tokią socialinę moralę, kurios nepripažįsta, jog visi žmonės turi teisę į minimalią apsaugą nuo kitų.

Šie skausmingi žmonijos istorijos faktai pakankamai aiškiai parodo, kad nors siekianti būti gyvybinga visuomenė turi pasiūlyti *kai kuriems* savo nariams savitarpio susilaikymo sistemą, ji, deja, neturi pasiūlyti jos visiems. Iš tiesų, kaip mes jau pabrėžėme, kalbėdami apie sankcijų poreikį ir jų galimumą, jeigu norima kam nors jėga primesti normų sistemą, reikia, kad būtų pakankamai ją akceptuojančių savo noru. Be jų savanoriško bendradarbiavimo, suteikiančio *autoritetą,* negalima sukurti teisės ir vyriausybės prievartinės valdžios. Bet prievartinė valdžia, šitaip sukurta autoriteto pagrindu, gali būti naudojama dviem pagrindiniais būdais. Ją galima naudoti tik prieš teisės pažeidėjus, kurie, nors ir jiems šios normos teikia apsaugą, vis tiek savanaudiškai šias normas laužo. Kita vertus, prievartinę valdžią galima naudoti pajungti ir laikyti nuolatinio pavaldumo padėtyje valdinių grupei, kuri, palyginti su šeimininko grupe, gali būti didelė arba maža priklausomai nuo pastarosios turimų prievartos priemonių, solidarumo ir drausmės, taip pat nuo pirmosios bejėgiškumo ir nepajėgumo organizuotis. Tokiems engiamiesiems sistema gali nepasiūlyti nie-

ko, kas užtikrintų jų lojalumą, išskyrus baimę. Jie yra sistemos aukos ir negauna iš jos jokios naudos.

Ankstesniuose šios knygos skyriuose mes pabrėžėme tą aplinkybę, kad teisinės sistemos egzistavimas yra socialinis reiškinys, visuomet turintis du aspektus, kurių nė vieno negalima ignoruoti, antraip mūsų požiūris nebus tikroviškas. Jis apima ir su savanorišku normų akceptavimu susijusias pažiūras bei elgesį, ir paprastesnes pažiūras bei elgesį, susijusį su paprastu paklusimu arba nenoriu sutikimu.

Vadinasi, teisę turinčią visuomenę sudaro tie, kurie į jos normas žiūri, vadovaudamiesi vidiniu požiūriu, ne tik kaip į patikimą numatymą tų dalykų, kurie juos ištiks pakliuvus į pareigūnų rankas, jeigu jie nepaklus, bet ir kaip į akceptuotus elgesio standartus. Tačiau ji taip pat apima ir tuos, kuriems šie teisiniai standartai turi būti primesti jėga arba grasinant jėga, nes jie yra arba teisės pažeidėjai, arba tiesiog bejėgės sistemos aukos; jiems normos rūpi tik kaip galimos bausmės šaltinis. Šių dviejų sudedamųjų dalių pusiausvyrą lemia daug įvairių veiksnių. Jeigu sistema yra nešališka ir nuoširdžiai rūpinasi visų tų, kurių paklusnumo ji reikalauja, gyvybiniais interesais, ji didžiąją laiko dalį gali pelnyti daugelio šių asmenų ištikimybę, taigi būti stabili. Kita vertus, sistema gali būti ribota ir uždara, pajungta dominuojančios grupės interesams, ir dėl nuolatinės maišto grėsmės ji gali virsti vis represyvesne ir nestabilesne. Tarp šių dviejų kraštutinumų būna įvairiausių šių požiūrių į teisę derinių, kurie dažnai būdingi net tam pačiam individui.

Šio kalbamojo reiškinio aspekto apmąstymas atskleidžia išblaivančią tiesą: žingsnis iš paprastos visuomenės formos, kur pirminės prievoles nustatančios normos yra vienintelės socialinės kontrolės priemonės, į teisinį pasaulį su jo centralizuotai organizuota įstatymų leidybos institucija, teismais, pareigūnais ir sankcijomis duoda didelę naudą, bet už tai reikia sumokėti tam tikrą kainą. Nauda yra milžiniška: tai

gebėjimas prisitaikyti prie pokyčių, tikrumas ir efektyvumas; kaina, kurią reikia sumokėti, yra rizika, kad centralizuotai organizuota valdžia kuo puikiausiai gali būti panaudota engti daugeliui, be kurių paramos ji gali išsiversti, tokiu būdu, kuris neįmanomas paprastesniam pirminių normų režimui. Kadangi ši rizika materializavosi ir tai gali įvykti dar kartą, teiginį, jog, be mūsų apibūdintojo minimalaus prigimtinės teisės turinio, yra tam tikras kitas būdas, kuriuo teisė *turi* atitikti moralę, reikia labai atidžiai išnagrinėti. Daugelis tokių teiginių arba negali paaiškinti, kokia prasme teisės ir moralės ryšys yra laikomas būtinu, arba, juos išnagrinėjus, paaiškėja, jog nors tai, apie ką jie kalba, yra teisinga ir svarbu, bet jeigu bandoma tai pateikti kaip būtiną teisės ir moralės ryšį, kyla didelė painiava. Šį skyrių baigsime šešių tokio teiginio formų nagrinėjimu.

(i) *Valdžia ir autoritetas**. Dažnai sakoma, kad, jeigu teisinė sistema negali pasikliauti tik žmogaus valdžia žmogui, ji turi remtis moralinės prievolės suvokimu arba tikėjimu sistemos moraliniu vertingumu. Šioje knygoje mes patys pabrėžėme, kad grasinimais paremti įsakymai ir įprotis paklusti nepadeda suprasti teisinės sistemos pagrindų ir teisinio galiojimo idėjos. Kaip buvo plačiai įrodinėjama VI skyriuje, aiškinant abu šiuos reiškinius, reikia pasitelkti akceptuotosios pripažinimo taisyklės sąvoką, be to, kaip buvo parodyta šiame skyriuje, būtina prievartinės valdžios egzistavimo sąlyga yra tai, kad bent kai kurie asmenys turi savo noru bendradarbiauti sistemoje ir akceptuoti jos normas. Šia prasme būtų teisinga teigti, jog teisės prievartinė valdžia suponuoja jos akceptuotąjį autoritetą. Bet „tik valdžia grindžiamos teisės“ ir „teisės, akceptuojamos kaip morališkai įpareigojančios“, dichotomija nėra išsami. Daugelį žmonių priversti gali įstatymai, kuriuos šie žmonės nemano

* Žr. išnašą p. 134–135.

esant morališkai įpareigojančius; kita vertus, nors sistemos stabilumas būtų didžiausias, jeigu akceptuojantieji sistemą savo noru manytų, kad jie morališkai privalo tai daryti, bet teigti, kad jie taip iš tikrųjų mano, nebūtų teisinga. Jų ištikimybė sistemai iš tikrųjų gali remtis daugybe įvairių sumetimų: ilgalaikio intereso išskaičiavimais, nesavanaudišku suinteresuotumu kitais, nesvarstomu paveldėtu arba tradiciniu požiūriu, arba net tiesiog noru daryti tai, ką daro kiti. Išties niekas nedraudžia akceptuojantiesiems sistemos autoritetą pasitarti su savo sąžine ir nuspręsti, kad moraliniu požiūriu jie turėtų šios sistemos neakceptuoti, tačiau dėl įvairių priežasčių jie ir toliau tai daro.

Šios banalybės galėjo tapti neaiškios dėl to, kad nusakyti žmonių prisiimamoms teisinėms ir moralinėms prievolėms visi vartoja tuos pačius žodžius. Akceptuojantieji teisinės sistemos autoritetą į ją žiūri vidiniu požiūriu ir savo santykį su jos reikalavimais išreiškia ir teisei, ir moralei bendra normatyvine kalba formuluodami vidinius teiginius, kaip antai: „Man (tau) reikia“, „Aš (jis) privalau (privalo)“, „Aš (jie) turiu (turi) prievolę“. Vis dėlto tai nereiškia, kad juos kaip nors įpareigoja *moralinis* sprendimas, jog daryti tai, ko reikalauja teisė, yra morališkai teisinga. Be jokios abejonės, jeigu nepasakyta nieko daugiau, remiamasi prielaida, kad kiekvienas tokiais žodžiais įvardijantis savo arba kitų asmenų teisines prievoles nemano esant kokių nors moralinių arba kitokių motyvų, neleidžiančių šių prievolių įvykdyti. Tačiau iš to negalima daryti išvados, kad teisiškai privalomais gali būti pripažinti tik tie dalykai, kurie yra akceptuoti kaip morališkai privalomi. Minėtosios prielaidos pagrindas yra tas faktas, kad dažnai būtų beprasmiška pripažinti arba nurodyti teisinę prievolę, jeigu pats kalbėtojas turi tvirtų moralinių arba kitokių motyvų raginti jos nevykdyti.

(ii) *Moralės įtaka teisei.* Kiekvienos šiuolaikinės valstybės teisė pateikia tūkstančius liudijimų, kad jai daro įtaką ir akceptuotoji socialinė moralė, ir platesni moraliniai idealai. Ši įtaka pasiekia teisę arba staiga ir atvirai per įstatymų leidybą, arba tyliai ir palengva per teismo procesą. Kai kuriose sistemose, kaip antai Jungtinėse Valstijose, svarbiausieji teisinio galiojimo kriterijai aiškiai apima teisingumo principus ir pagrindines moralines vertybes; kitose sistemose, kaip antai Anglijoje, kur nėra nustatyta jokių formalių aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos kompetencijos apribojimų, pati įstatymų leidyba gali ne mažiau skrupulingai laikytis teisingumo ir moralės reikalavimų. Kitų būdų, kuriais teisė atspindi moralę, yra nesuskaičiuojama daugybė, tačiau jie vis dar nesulaukė reikiamo dėmesio: įstatymai gali būti tik teisinis kevalas ir tiesiogiai reikalauti, kad jį pripildant būtų remiamasi moralės principais; nuoroda į moralės ir sąžiningumo sampratas gali būti pagrindas apriboti prievarta taikytinų sutarčių sričiai; atsakomybė ir už civilinius, ir už baudžiamuosius teisės pažeidimus gali būti suderinta su vyraujančia moralinės atsakomybės samprata. Šių faktų negalėtų paneigti joks „pozityvistas"; jis negalėtų paneigti ir to, kad teisinių sistemų stabilumas iš dalies priklauso nuo tokio pobūdžio moralės atitikimo. Jeigu postuluojant būtinąjį teisės ir moralės ryšį turima galvoje kaip tik tai, reikia sutikti, jog toks ryšys tikrai yra.

(iii) *Aiškinimas.* Kad įstatymus būtų galima taikyti konkrečiose bylose, juos reikia aiškinti; objektyviai nagrinėjant teismo proceso esmę, išsklaidomi ją aptemdantys mitai ir tampa aišku, kaip buvo parodyta VI skyriuje, jog atvira teisės struktūra palieka plačią erdvę kūrybinei veiklai, kurią kai kas vadina legislatyvine veikla. Aiškindami įstatymus ar precedentus, teisėjai nėra varžomi aklo nemotyvuoto pasirinkimo alternatyvų arba reikalavimo „mechaniškai"

daryti išvadas iš normų, turinčias iš anksto nustatytą prasmę. Labai dažnai jų pasirinkimą lemia prielaida, jog jų aiškinamų normų tikslas yra protingas, t.y. normos nebuvo sumanytos tam, kad tarnautų neteisingumui arba pažeistų susiklosčiusius moralės principus. Priimant teismo sprendimą, ypač didelės konstitucinės svarbos klausimais, dažnai reikia ne šiaip taikyti tam tikrą vienintelį svarbų moralės principą, bet rinktis iš moralinių vertybių; kvaila būtų tikėtis, kad ten, kur įstatymo prasmė kelia abejonių, moralė visuomet siūlo aiškų atsakymą. Čia teisėjai vėl gali rinktis, bet šis pasirinkimas nėra nemotyvuotas ar mechaniškas; pasirinkdami teisėjai dažnai atskleidžia būdingas vertybes, kuriomis jie patys vadovaujasi ir kurių specifinis ryšys su teisiniais sprendimais paaiškina, kodėl kai kas tokią teisėjų veiklą „legislatyvine" vadina nenoriai. Minėtosios vertybės yra šios: nešališkumas ir neutralumas nagrinėjant alternatyvas; visų asmenų, kuriems turės įtakos sprendimas, interesų įvertinimas; siekimas atskleisti tam tikrą priimtiną bendro pobūdžio principą ir juo pagrįsti sprendimą. Nėra abejonių, jog negalima *pademonstruoti,* kad priimtasis sprendimas yra vienintelis teisingas, nes visuomet įmanoma rasti keletą tokių principų; tačiau sprendimas gali būti priimtinas kaip nešališko pasirinkimo rezultatas, gautas remiantis protu ir informacija. Visais šiais atvejais susiduriame su „lyginimu" ir „balansavimu", būdingu pastangoms vykdyti teisingumą konkuruojančių interesų atžvilgiu.

Nedaugelis imtųsi neigti šių elementų, kurie visiškai gali būti vadinami „moraliniais", svarbą darant priimtinus sprendimus; padrika ir kintanti aiškinimo tradicija arba kanonai, daugelyje sistemų lemiantys aiškinimą, dažnai juos inkorporuoja jų aiškiai neformuluodami. Bet net jeigu šiuos faktus siūloma laikyti *būtinojo* teisės ir moralės ryšio įrodymu, nereikia pamiršti, kad pažeidžiant teisę tais pačiais principais remiamasi ne ką mažiau, negu jos laikantis. Juk nuo

Austino laikų iki mūsų dienų priminimų, jog tokie elementai *turėtų* kreipti sprendimą, daugiausia būdavo sulaukiama iš kritikų, maniusių, kad teisėjų vykdoma teisėdaros veikla dažnai būna akla socialinėms vertybėms, „automatiška" arba nepakankamai grindžiama protu.

(iv) *Teisės kritika.* Kartais teisės ir moralės būtinasis ryšys formuluojamas tik kaip teiginys, jog *gera* teisinė sistema tam tikrais atžvilgiais, tokiais kaip jau paminėti ankstesniame paragrafe, turi atitikti teisingumo ir moralės reikalavimus. Kai kas šį teiginį gali laikyti akivaizdžia gerai žinoma tiesa, bet tai nėra tautologija; išties kritikuojant teisę galima nesutarti ir dėl tikrųjų moralinių standartų, ir dėl reikalaujamų atitikimo aspektų. Ar moralė, kurią teisė turi atitikti, kad galėtų būti laikoma gera, yra grupės, apie kurios teisę kalbama, akceptuotoji moralė ir tuo atveju, kai ji remiasi prietarais arba neteikia naudos ir apsaugos vergams ir engiamoms klasėms? Arba ar moralė – tai standartai, kultūringi ta prasme, kad jie remiasi racionaliu tikėjimu savaime suprantamais dalykais ir pripažįsta visus žmones turint teisę būti vienodai traktuojamiems ir vienodai gerbiamiems?

Gerai žinoma, jog idėja, kad teisinė sistema turi visus jos akiratyje esančius žmones traktuoti kaip turinčius teisę į tam tikrą fundamentalią apsaugą bei fundamentalias laisves, šiandien yra visuotinai akceptuota kaip idealo konstatavimas, kuriuo neabejotinai galima remtis kritikuojant teisę. Netgi ten, kur praktika nuo šio idealo nukrypsta, bent žodžiais jis paprastai pripažįstamas. Gali būti net taip, jog moralę, nesilaikančią požiūrio, kad visi žmonės turi teisę būti traktuojami vienodai, filosofija paskelbs susipainiojusia tam tikruose vidinuose prieštaravimuose, dogmatiška arba iracionalia. Tokiu atveju kultūringoji šias teises pripažįstanti moralė imama vertinti ypatingai – kaip vienintelė tikroji moralė, o ne tik kaip viena iš daugelio galimų moralių.

Šių teiginių čia negalime išnagrinėti, tačiau net jeigu jie ir pripažįstami teisingais, jie negali pakeisti ir neturi užtemdyti tos aplinkybės, kad municipalinės teisinės sistemos su joms būdinga pirminių ir antrinių normų struktūra gyvavo pakankamai ilgai, nors ir tyčiojosi iš minėtųjų teisingumo principų. Tai, ką galima laimėti (jeigu apskritai ką nors galima laimėti) neigiant, jog neteisingos normos yra teisė, mes toliau ir aptarsime.

(v) *Teisėtumo ir teisingumo principai.* Galima sakyti, jog išvada, kad gera teisinė sistema, tam tikrais atžvilgiais atitinkanti moralės ir teisingumo reikalavimus, skiriasi nuo šių reikalavimų neatitinkančios sistemos, yra klaidinga, nes jeigu žmonių elgesį kontroliuoja viešai paskelbtos ir teismų taikomos bendro pobūdžio normos, tai būtinai yra realizuojamas tam tikras teisingumo minimumas. Analizuodami teisingumo idėją, mes jau atkreipėme dėmesį[29] į tą aplinkybę, jog pačią paprasčiausią jo formą (teisingumą taikant teisę) sudaro ne kas kita, kaip tik rimtas požiūris į nuostatą, kad daugybei skirtingų asmenų reikia taikyti tą pačią bendrąją normą, neleidžiant nei prietarams, nei interesui, nei kaprizui nukreipti šio proceso kita linkme. Būtent tokį nešališkumą ir turi užtikrinti procesiniai standartai, Anglijos ir Amerikos teisininkams žinomi „prigimtinio teisingumo" principų pavadinimu. Vadinasi, nors teisingai gali būti taikomi ir visiškai odioziniai įstatymai, bet pačioje grynoje bendrosios normos taikymo idėjoje slypi bent jau teisingumo užuomazga.

Kitus šios minimalios teisingumo formos aspektus, kuriuos tikrai galima pavadinti „prigimtiniais", galima atskleisti nagrinėjant tai, kas yra būdinga faktiškai bet kuriam socialinės kontrolės metodui – tiek žaidimo taisyklėms, tiek teisei: socialinė kontrolė visų pirma apima bendruosius elge-

[29] Žr. p. 269.

sio standartus, perduodamus asmenų, kurie, kaip tikimasi, supras normas ir elgsis pagal jas be tolesnio oficialaus nurodymo. Kad tokia socialinė kontrolė funkcionuotų, normos turi tenkinti tam tikras sąlygas: turi būti įmanoma jas suprasti ir joms paklusti, ir apskritai jos neturi būti retrospektyvios*, nors čia gali pasitaikyti išimčių. Tai reiškia, kad dažniausiai tie, kurie eventualiai yra baudžiami už normų pažeidimą, turėjo ir galimybę, ir progą paklusti. Paprastai sakant, šie kontrolės pasitelkus normas bruožai yra glaudžiai susiję su teisingumo reikalavimais, kuriuos teisininkai vadina teisėtumo principais. Ir tikrai, vienas pozityvizmo kritikas šiuose kontrolės pasitelkus normas aspektuose įžvelgė kai ką, kas prilygsta būtinajam teisės ir moralės ryšiui, ir pasiūlė tai pavadinti „teisės vidine morale". Taigi, jeigu būtinasis teisės ir moralės ryšys reiškia būtent tai, mes galime tokį požiūrį priimti. Deja, toks ryšys primena labai didelį neteisingumą.

(vi) *Teisinis galiojimas ir priešinimasis teisei.* Kad ir kaip neapgalvotai būtų suformuluotas šis bendras požiūris, tik nedaugelis pozityvistais laikomų teisės teoretikų bandytų paneigti teisės ir moralės ryšio formas, aprašytas pastaruosiuose penkiuose skyreliuose. Kas tuomet paakino teisinį pozityvizmą sušukti šiuos didžiuosius karo šūkius: „Teisės egzistavimas yra vienas dalykas, o jos teigiamybės ir neigiamybės – kitas"[30]; „Valstybės teisė yra ne idealas, bet tai, kas

* Čia tikriausiai įsivėlė netikslumas, bet taip išspausdinta abiejuose knygos leidimuose, kuriais remiasi šis vertimas. Tačiau teisės literatūroje paprastai vartojamas ne *retrospekcijos* (atgalinio stebėjimo), bet *retroakcijos* (atgalinio galiojimo) terminas; beje, toliau šiame tekste vartojami abu šie terminai.

[30] Austin, *The Province of Jurisprudence Defined,* Lecture V, p. 184–185. (Knygos pavadinime tikriausiai yra klaida: turėtų būti *The Province of Jurisprudence Determined; The Limits of Jurisprudence Defined* yra Benthamo veikalas; žr. išnašas p. 36 ir 69. – *Vert.*)

iš tikrųjų egzistuoja, <...> ji yra ne tai, kas turėtų būti, bet tai, kas yra"[31]; „Teisės normos gali turėti bet kokį turinį"[32]?

Šiems mąstytojams labiausiai rūpėjo vienas dalykas – padėti aiškiai ir sąžiningai suformuluoti teorines ir moralines problemas, kilusias dėl to, jog egzistuoja konkretūs moralės požiūriu neteisingi įstatymai, kurie buvo išleisti tinkama forma, turi aiškią prasmę ir patenkina visus pripažįstamus sistemos galiojimo kriterijus. Jų požiūriu, raginimas nesuteikti tokiems įstatymams teisės vadintis „teise" arba „galiojančiais" galėtų tik supainioti ir apie šiuos įstatymus mąstantį teoretiką, ir vargšą pareigūną arba privatų pilietį, turinčius juos taikyti arba jiems paklusti. Jie manė, kad, susidūrus su šiomis problemomis, reikia imtis paprastesnių ir atviresnių priemonių, sutelkti dėmesį į kur kas geresnį ir tinkamesnį intelektualinį ir moralinį argumentą; reikia sakyti: „Tai yra teisė; bet ji yra pernelyg neteisinga, kad būtų galima ją taikyti ar jai paklusti".

Šio priešingo požiūrio patrauklumas išryškėja tuomet, kai po revoliucijų ar didžiųjų perversmų tam tikros sistemos teismai turi apsvarstyti savo požiūrį į ankstesniojo režimo metu privačių piliečių arba pareigūnų teisine forma padarytas moralines neteisybes. Socialiniu požiūriu gali būti pageidautina tokius piliečius ir pareigūnus nubausti, tačiau gali būti sunku arba galbūt neįmanoma atvirai retrospektyviais įstatymais tai, ką ankstesniojo režimo teisė leido ar ko netgi reikalavo, paversti baudžiamaisiais nusikaltimais; moralės požiūriu tai savaime būtų odioziška. Tokiomis aplinkybėmis gali atrodyti natūralu išnaudoti teisės žodyne slypinčią moralinę potekstę, ypač tokių prigimtinės teisės teorijos apsunkintų žodžių, kaip *ius, recht, diritto, droit**.

[31] Gray, *The Nature and Sources of the Law*, s. 213.
[32] Kelsen, *General Theory of the Law and State*, p. 213.
* Teisė *(lot., vok., it., pranc.)*.

Gali kilti pagunda teigti, jog aktai, kuriais buvo įsakyta arba leista vykdyti neteisingumą, neturi būti pripažįstami galiojusiais arba laikomi teise net ir tuo atveju, kai sistema, kurioje šie aktai buvo išleisti, nepripažino jokių jos įstatymų leidybos institucijos legislatyvinės kompetencijos apribojimų. Kaip tik šia forma prigimtinės teisės mokyklos argumentai po paskutiniojo karo atgimė Vokietijoje, reaguojant į opias socialines problemas, sukeltas nacių valdymo negerovių ir jų pralaimėjimo. Ar reikia bausti informatorius, savanaudiškais tikslais padėjusius įkalinti kitus asmenis, nusižengusius nacių režimo metais išleistiems siaubingiems įstatymams? Ar pokario Vokietijos teismai galėjo juos nuteisti tuo pagrindu, kad tokie įstatymai pažeidę prigimtinę teisę ir todėl buvę negaliojantys, tad ir aukų įkalinimas už tokių įstatymų pažeidimus faktiškai buvęs neteisėtas, o pagalba įkalinant pati buvusi nusižengimas[33]? Kad ir kokia nesudėtinga ši problema atrodytų tiems, kuriems priimtinas požiūris, jog moraliai neteisingos normos negali būti teisė, ir tiems, kurie tokį požiūrį atmeta, besiginčijantieji, atrodo, dažniausiai nieko aiškaus nepasako apie jos bendrą pobūdį. Tiesa, mums šiuo atveju rūpi alternatyvūs moralinio sprendimo netaikyti morališkai neteisingų normų, nepaklusti joms arba neleisti kitiems ginantis teisintis jomis formulavimo būdai; tačiau ši problema klaidingai pateikiama kaip verbalinė. Nė viena ginčo šalis nebūtų patenkinta, jeigu jai pasakytų: „Taip, jūs esate teisūs, angliškai (arba vokiškai) teisinga būtų tą dalyką pavadinti taip, kaip jūs ir pavadinote". Antai pozityvistas galėtų remtis anglų kalbos žodžių varto-

[33] Žr. 1945 m. liepos 27 d. sprendimą, Oberlandesgericht Bamberg, 5 *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 207, plačiai aptartą: H. L. A. Hart, „Legal Positivism and the Separation of Law and Morals", in M. *Harvard L. Rev.* (1958), 598, ir L. Fuller, „Positivism and Fidelity to Law", ibid., p. 630. Bet atkreipkite dėmesį į patikslintą šio sprendimo vertinimą toliau, p. 461–462.

sena, parodydamas, kad teiginys, jog teisės norma yra pernelyg neteisinga, kad jai būtų galima paklusti, nėra prieštaringas ir kad iš prielaidos, jog norma yra pernelyg neteisinga, kad jai būtų galima paklusti, neišplaukia, jog ši norma nėra galiojanti teisės norma, tačiau jo oponentai vargu ar laikys tai pagrindu baigti bylą.

Trumpai tariant, jeigu šią problemą traktuotume tik kaip kalbos vartojimo taisyklių problemą, su ja tinkamai susidoroti nepavyktų. Juk iš tikrųjų ginčijamasi dėl platesnės ir siauresnės sampratų santykinio pranašumo arba dėl paprastai socialiniame gyvenime veiksmingai normų sistemai priklausančių normų klasifikavimo būdo. Jeigu mums tektų racionaliai pasirinkti vieną iš šių sampratų, tai reikėtų daryti dėl to, jog viena iš jų yra pranašesnė už kitą tuo atžvilgiu, kad ji bus naudinga mūsų teoriniams tyrinėjimams arba pastūmės į priekį mūsų moralinius svarstymus ir suteiks jiems aiškumo, arba ir viena, ir kita.

Platesnioji iš šių dviejų konkuruojančių teisės sampratų apima siauresniąją. Pasirinkę platesniąją sampratą, mes savo teorinius tyrinėjimus nukreipsime į grupę, o „teise" laikysime visas normas, galiojančias pagal formalius pirminių ir antrinių normų sistemos kriterijus, net jeigu kai kurios iš jų pažeidžia pačios visuomenės moralę arba tai, ką mes galime laikyti kultūringa arba tikrąja morale. Pasirinkę siauresniąją sampratą, tokias moralę pažeidžiančias normas iš „teisės" pašalintume. Tikriausiai aišku, jog, pasirinkus siauresniąją sampratą, teoriškai ar moksliškai tiriant teisę kaip socialinį reiškinį nieko negalima laimėti: ši samprata reikalaus, kad būtų pašalintos tam tikros normos, net jeigu joms būdingi visi kiti sudėtingi teisės požymiai. Pasiūlymas palikti tokias normas nagrinėti kitai disciplinai, žinoma, neduotų nieko, išskyrus painiavą, todėl suprantama, kad nei istoriniai, nei kitokie teisės tyrinėjimai nemato reikalo tai daryti. Jeigu pasirinktume platesniąją teisės sampratą, mes galėtu-

me teisės tyrimuose rasti vietą ir morališkai neteisingų įstatymų ypatumams, kad ir kokie jie būtų, ir visuomenės reakcijai į šiuos įstatymus. Vadinasi, siauresnės sampratos pasirinkimas šiuo atveju neišvengiamai turi sutrikdyti mūsų pastangas suprasti pirminių ir antrinių normų sistemoje glūdinčio specifinio socialinės kontrolės metodo raidą ir jo potencialias galimybes. Šio metodo taikymo tyrimas apima piktnaudžiavimo juo tyrimą.

Tai galbūt siauresnioji teisės samprata moraliniuose svarstymuose yra vertinga praktikos požiūriu? Kuria prasme, susidūrus su morališkai neteisingais reikalavimais, geriau yra manyti: „Tai jokiu būdu nėra teisė“, negu „Tai yra teisė, bet ji pernelyg neteisinga, kad jai būtų galima paklusti arba ją taikyti“? Ar žmonės blaiviau galvos, ar jie bus labiau pasirengę nepaklusti, jeigu to reikalauja moralė? Ar ši samprata padės rasti geresnių būdų spręsti tokioms problemoms, kaip tos, kurias mums paliko nacių režimas? Niekas neabejoja, kad idėjos daro įtaką; tačiau neatrodo, kad pastangos auklėti ir mokyti žmones vadovautis siauresniąja teisinio galiojimo samprata, kurioje nėra vietos galiojantiems, bet morališkai klaidingiems įstatymams, paskatins juos atkakliau priešintis blogiui susidūrus su organizuotos jėgos grasinimais arba padės jiems aiškiau suvokti tai, kas moralės požiūriu statoma ant kortos, kai reikalaujama paklusti. Tol, kol žmonės gali tikėtis, jog kas nors su jais bendradarbiaus tokiu mastu, kad įgalintų juos viešpatauti kitų atžvilgiu, jie naudos teisės formas kaip vieną iš savo įrankių. Pikti žmonės nustatinės piktas normas, kurias kiti vers vykdyti. Jeigu žmonės nori tapti įžvalgesni, susidūrę su oficialiu piktnaudžiavimu valdžia, jiems iš tikrųjų labiausiai reikia nepamiršti, jog pažymėjimas, kad kas nors teisiškai galioja, nėra lemiamas dalykas sprendžiant paklusimo klausimą ir jog, nors ir kokia didinga būtų oficialiosios sistemos didybės arba auto-

riteto aura, šios sistemos reikalavimus galų gale reikia nuodugniai išnagrinėti moralės požiūriu. Išties labiau tikėtina, jog šis suvokimas, kad už oficialios sistemos ribų yra dar kažkas, kuo remdamasis individas blogiausiu atveju turi išspręsti savo paklusimo problemas, gyvuos tarp tų, kurie yra pratę manyti, kad teisės normos gali būti ir neteisingos, negu tarp tų, kurie mano, kad niekas, kas neteisinga, niekur negali turėti teisės statuso.

Bet yra ir stipresnis argumentas, skatinantis pasirinkti platesniąją teisės sampratą, leidžiančią manyti ir sakyti: „Tai yra teisė, bet ji neteisinga", – neteisingų normų nepripažįstant teise, būtų be galo supaprastinta dėl šių normų kylančių moralinių problemų įvairovė. Ankstesnieji autoriai, reikalavę, kaip Benthamas ir Austinas, skirti, kas yra teisė ir kas ji turėtų būti, taip elgėsi iš dalies dėl to, jog manė, kad jeigu žmonės neskirs šių dalykų, jie gali neskaičiuodami, kiek tai kainuos visuomenei, daryti skubotas išvadas, esą įstatymai yra negaliojantys ir jiems nereikia paklusti. Bet, greta šio anarchijos pavojaus, kuris gali būti ir pervertintas, pernelyg didelis supaprastinimas gali įgyti ir kitą formą. Pasirinkus siauresnį požiūrį ir kreipiant dėmesį tik į asmenį, iš kurio reikalaujama *paklusti* blogoms normoms, mums gali atrodyti visai nesvarbu, ar jis mano susiduriąs su galiojančia „teisės" norma, ar ne, jeigu jis yra įsitikinęs, jog moralės požiūriu šis reikalavimas yra neteisingas, ir daro tai, ko reikalauja moralė. Bet, greta moralinės paklusimo problemos (ar aš turiu padaryti šį blogą darbą?), yra ir sokratiškoji pasidavimo problema: ar aš turiu leistis nubaudžiamas už savo nepaklusnumą, ar turiu pabėgti? Be to, yra dar ir klausimas, su kuriuo susidūrė pokario Vokietijos teismai: „Ar mes turime bausti dariusius šiuos blogus darbus, jeigu jiems tai leido tuo metu galiojusios blogos normos?". Šie klausimai kelia labai skirtingas moralės ir teisingumo problemas, kurias reikia nagrinėti atskirai vienas nuo kitų,

nes visiškas ir galutinis atsisakymas blogus įstatymus pripažinti galiojančiais, nesvarbu, kokiu tikslu, negali padėti išspręsti šias problemas. Moralės problemos yra subtilios ir sudėtingos, ir jų negalima spręsti šiuo šiurkščiu būdu.

Teisės samprata, teisės negaliojimą skirianti nuo jos nemoralumo, leidžia mums įžvelgti šių atskirų problemų sudėtingumą ir įvairovę; tuo tarpu siauroji teisės samprata, neigianti neteisingas normas teisiškai galiojant, gali paslėpti tai nuo mūsų. Galima sutikti, jog Vokietijos informatoriai, savanaudiškais tikslais padėję nubausti kitus asmenis pagal tuos siaubingus įstatymus, padarė moralės draudžiamą dalyką; tačiau moralė taip pat reikalauja, kad valstybė baustų tik tuos, kurie, darydami blogį, darė tai, ką valstybė tuo metu draudė. Tai *nulla poena sine lege** principas. Jeigu reikia pasikėsinti į šį principą, kad galima būtų išvengti to, kas laikoma didesniu blogiu negu šio principo paaukojimas, tiesiog gyvybiškai būtina tuos dalykus, kurie pastatyti ant kortos, aiškiai identifikuoti. Retroaktyvios bausmės atvejai neturi būti panašūs į įprastus nubaudimo už tuo metu neteisėtą veiką atvejus. Nesudėtinga pozityvistinė doktrina, teigianti, jog moraliai neteisingos normos vis tiek gali būti teisė, turi bent jau tokį pranašumą, kad ji nesiūlo apsimesti, jog ekstremaliomis sąlygomis nereikės rinktis kurios nors iš kelių blogybių.

* Nėra bausmės be įstatymo *(lot.)*.

X

TARPTAUTINĖ TEISĖ

1. Dėl ko kyla abejonių

Pirminių ir antrinių normų junginio idėją, kuriai šioje knygoje skiriama tokia reikšminga vieta, galima laikyti viduriu tarp teisinių kraštutinumų. Teisės teorija rakto teisei suprasti ieškojo kartais paprastoje grasinimais paremtų įsakymų idėjoje, o kartais – sudėtingoje moralės idėjoje. Su abiem šiomis idėjomis teisė išties turi daug bendrų bruožų ir sąsajų; vis dėlto, kaip matėme, niekada neišnyksta pavojus, kad jų reikšmė bus pervertinta, o teisės ypatumai, skiriantys ją nuo kitų socialinės kontrolės priemonių, bus užtemdyti. Tuo ir gera idėja, kurią mes pasirinkome kaip svarbiausiąją, kad ji leidžia įvairialypius teisės, prievartos ir moralės ryšius matyti tokius, kokie jie iš tikrųjų yra, ir iš naujo apmąstyti, kodėl jie yra reikalingi ir ar apskritai jie yra reikalingi.

Nors pirminių ir antrinių normų junginio idėja ir pasižymi šiais teigiamais bruožais ir nors ji harmoningai dera su įpratimu traktuoti šio būdingo normų junginio buvimą kaip pakankamą sąlygą, leidžiančią vartoti posakį „teisinė sistema“, mes nepretenduojame apibrėžti žodį „teisė“ remdamiesi šia idėja. Kaip tik dėl to, kad mes nepretenduojame šitokiu būdu identifikuoti arba reguliuoti tokių žodžių, kaip „teisė“ arba „teisinis“, vartojimą, šioje knygoje siekiama veikiau nušviesti teisės *sampratą*, o ne pateikti „teisės“

apibrėžimą, kuris, kaip natūraliai būtų tikimasi, turėtų nurodyti šių posakių vartojimo taisyklę arba taisykles. Laikydamiesi šio tikslo, paskutiniame skyriuje mes nagrinėjome vokiečių bylose pareikštą nuomonę, esą tam tikroms normoms, įvertinus jų moralinį neteisingumą, nereikėtų pripažinti teisės vadintis galiojančia teise net ir tuo atveju, kai jos priklauso esamai pirminių ir antrinių normų sistemai. Galiausiai šią nuomonę mes atmetėme; tačiau mes tai padarėme ne dėl to, kad ji prieštaravo pažiūrai, jog tokiai sistemai priklausančios normos turi būti vadinamos „teise", ir ne dėl to, kad ji prieštaravo susiklosčiusiai vartosenai. Pastangas susiaurinti galiojančių įstatymų klasę, pašalinant iš jos tai, kas morališkai neteisinga, mes kritikavome visai kitu pagrindu – kad jos nei paspartina teorinius tyrinėjimus arba moralinius svarstymus, nei suteikia jiems aiškumo. Tyrinėjimai parodė, kad šiuos tikslus atitinka susiklosčiusiai vartosenai neprieštaraujanti ir net ir moraliai neteisingas normas laikyti teise leidžianti platesnioji koncepcija.

Tarptautinė teisė – priešingas atvejis. Juk nors žodžio „teisė" vartojimas šiuo atveju atitinka per pastaruosius 150 metų susiklosčiusią praktiką, bet tai, kad čia nėra tarptautinės įstatymų leidybos institucijos, privalomąją jurisdikciją turinčių teismų bei centralizuotai organizuotų sankcijų, paskatino – bent jau teisės teoretikus – nuogąstauti. Šių institutų nebuvimas reiškia, kad valstybėms skirtosios normos primena tą paprastą, tik iš pirminių prievoles nustatančių normų susidedančią socialinės struktūros formą, kurią, aptikę ją individų visuomenėse, mes esame pratę priešpriešinti brandžioms teisinėms sistemoms. Kaip parodysime, iš tiesų galima bandyti įrodyti, jog tarptautinė teisė stokoja ne tik įstatymų leidybos institucijų ir teismus sukuriančių antrinių keitimo ir bylų sprendimo normų, bet ir tiksliai teisės „šaltinius" apibrėžiančios ir bendrus jos normų identifikavimo kriterijus teikiančios unifikuojančios pripažinimo taisyklės.

Šie skirtumai išties stulbinantys, todėl klausimą „Ar tarptautinė teisė tikrai yra teisė?“ vargu ar galima apeiti. Bet ir šiuo atveju mes nei atmesime daugeliui kylančias abejones, paprasčiausiai primindami susiklosčiusią vartoseną, nei jas tiesiog patvirtinsime remdamiesi tuo, jog pirminių ir antrinių normų junginio buvimas yra būtina, o kartu ir pakankama sąlyga, kad posakis „teisinė sistema“ būtų vartojamas teisingai. Vietoj to mes smulkiai išnagrinėsime šių iškilusių abejonių pobūdį ir, kaip ir Vokietijos atveju, paklausime, ar tikėtina, kad įprastinė platesnioji posakio „tarptautinė teisė“ vartosena sukliudytų siekti kokio nors praktinio arba teorinio tikslo.

Nors mes šiam klausimui skirsime tik vieną skyrių, kai kurie rašytojai šiam tarptautinės teisės pobūdžio klausimui skiria dar mažiau vietos. Jiems atrodo, kad klausimas „Ar tarptautinė teisė tikrai yra teisė?“ iškilo arba išliko tik dėl to, kad banalus žodžių reikšmių klausimas buvo klaidingai palaikytas rimtu daiktų prigimties klausimu: kadangi faktai, skiriantys tarptautinę teisę nuo municipalinės teisės, yra aiškūs ir gerai žinomi, vienintelis klausimas, į kurį reikia atsakyti, yra klausimas, ar mes laikysimės egzistuojančios konvencijos, ar nuo jos nukrypsime; bet tai yra toks dalykas, kurį kiekvienas asmuo turi pats sau nuspręsti. Tačiau toks trumpas šio klausimo sprendimo būdas tikrai yra pernelyg trumpas. Iš tiesų kaip viena iš priežasčių, paskatinusių teoretikus dvejoti, ar žodį „teisė“ galima taikyti ir tarptautinei teisei, tam tikrą vaidmenį suvaidino labai paprasta ir tiesiog absurdiška pažiūra į tai, kaip reikėtų pateisinti to paties žodžio taikymą daugeliui skirtingų dalykų. Principo, kuriuo paprastai vadovaujamasi išplečiant bendrus klasifikacinius terminus, tipų įvairovė jurisprudencijoje pernelyg dažnai buvo ignoruojama. Ir vis dėlto abejonių dėl tarptautinės teisės šaknys glūdi giliau, ir jos yra kur kas įdomesnės, negu šios klaidingos pažiūros į žodžių vartojimą. Maža to,

dvi šio trumpo klausimo („Ar mes laikysimės egzistuojančios konvencijos, ar nuo jos nukrypsime?“) sprendimo būdo pasiūlytos alternatyvos nėra vienintelės; juk, be jų, yra dar alternatyva išaiškinti ir išnagrinėti principus, faktiškai kreipusius esamą vartoseną.

Pasiūlytasis trumpas kelias tikrai būtų tinkamas, jeigu mes turėtume reikalą su tikriniu daiktavardžiu. Jeigu kas nors paklaustų, ar „Londonu“ vadinama vieta *tikrai* yra Londonas, mes negalėtume padaryti nieko daugiau, kaip tik priminti šiam žmogui konvenciją ir palikti jam pačiam spręsti, ar šios konvencijos laikytis, ar parinkti kitą vardą pagal savo paties skonį. Tokiu atveju būtų absurdiška klausti, kokiu principu remiantis Londonas buvo pavadintas būtent taip ir ar šis principas buvo priimtinas. Tai būtų absurdiška todėl, kad tikrinio vardo suteikimas remiasi *tik ad hoc** konvencija, tuo tarpu bet kurios rimtos diciplinos bendrųjų terminų taikymo išplėtimas visuomet remiasi tam tikru principu ar loginiu pagrindu, nors galbūt iškart ir negalima pasakyti, koks jis yra. Kuomet, kaip ir šiuo atveju, tokiu taikymo išplėtimu abejoja tie, kurie faktiškai sako: „Mes žinome, jog tai vadinama teise, bet ar tai tikrai teisė?“, reikalaujama – be abejo, miglotai, – kad principas būtų išaiškintas, o jo patikimumas patikrintas.

Mes aptarsime du pagrindinius abejonių dėl tarptautinės teisės teisinio pobūdžio šaltinius, o drauge ir tuos žingsnius, kurių, kilus šioms abejonėms, ėmėsi teoretikai. Abiejų rūšių abejonės kyla dėl tarptautinei teisei nepalankaus jos lyginimo su municipaline teise, kuri laikoma aiškiu, tipišku pavyzdžiu to, kas yra teisė. Pirmųjų šaknys glūdi teisės, kaip visų pirma grasinimais paremtų įsakymų, sampratoje; jos akcentuoja tarptautinės teisės *normų* ir municipalinės teisės normų pobūdžio skirtingumą. Antrosios rūšies abejones sužadina obskurantiškas tikėjimas, kad valstybės iš esmės

* Šiuo atveju *(lot.)*.

nesugeba būti teisinės prievolės subjektais; jos akcentuoja tarptautinės teisės *subjektų* ir municipalinės teisės *subjektų* pobūdžio skirtingumą.

2. Prievolės ir sankcijos

Abejonės, kurias mes aptarsime, dažnai išdėstomos tarptautinės teisės knygų įvadiniuose skyriuose ir formuluojamos kaip klausimas: „Kaip gali būti įpareigojanti tarptautinė teisė?“. Vis dėlto ši populiari klausimo forma yra labai paini; todėl dar prieš imantis šio klausimo reikia panagrinėti ankstesnįjį, į kurį atsakymas anaiptol nėra aiškus. Šis ankstesnis klausimas yra toks: kas turima galvoje sakant, kad teisė yra „įpareigojanti“, kai kalbama apie visą teisinę sistemą? Teiginys, jog atskira sistemos norma įpareigoja konkretų asmenį, teisininkams yra žinomas, o jo prasmė yra pakankamai aiški. Mes galime šį teiginį perfrazuoti taip: kalbamoji norma yra galiojanti norma, o atitinkamas asmuo pagal ją turi tam tikrą prievolę arba pareigą. Be to, būna tam tikrų situacijų, kuriose formuluojami dar bendresni šios formos teiginiai. Tam tikromis aplinkybėmis galima abejoti, ar viena arba kita teisinė sistema yra taikytina konkrečiam asmeniui. Tokių abejonių gali kilti esant teisės normų kolizijai, taip pat tarptautinėje viešojoje teisėje. Pirmuoju atveju galima paklausti, ar Prancūzijos, ar Anglijos teisė įpareigoja konkretų asmenį su konkrečiu sandoriu susijusiais klausimais, o antruoju atveju galima paklausti, ar, pavyzdžiui, priešo okupuotos Belgijos gyventojus įpareigojo tai, ką Belgijos vyriausybė emigracijoje teigė esant Belgijos teisę, ar okupacinės valdžios ordonansai. Bet abiem atvejais tokie klausimai yra teisės klausimai, iškylantys tam tikros teisinės sistemos (municipalinės arba tarptautinės) *viduje,* ir jie sprendžiami vadovaujantis tos sistemos normo-

mis ir principais. Čia keliamas klausimas ne dėl normų bendro pobūdžio, bet tik dėl šių normų veikimo srities arba dėl galėjimo jas taikyti konkrečiomis aplinkybėmis konkretiems asmenims arba sandoriams. Trumpai tariant, klausimas „Ar tarptautinė teisė yra įpareigojanti?“ ir jam giminiški klausimai „Kaip tarptautinė teisė gali būti įpareigojanti?“ arba „Kas lemia tai, kad tarptautinė teisė yra įpareigojanti?“ yra skirtingos eilės klausimai. Jais išreiškiama abejonė ne dėl galėjimo taikyti, bet dėl bendro tarptautinės teisės teisinio statuso; šią abejonę tiesiau galima išreikšti tokiu klausimu: „Ar galima prasmingai ir teisingai teigti, jog tokios normos, kaip šios, sukelia prievoles?“ Iš minėtose knygose vykstančių diskusijų aišku, kad šiuo atveju vienas iš abejonių šaltinių yra tiesiog centralizuotai organizuotų sankcijų sistemos nebuvimas. Tai vienas iš tarptautinei teisei nepalankaus jos lyginimo su municipaline teise, kurios normos neabejotinai yra laikomos „įpareigojančiomis“ ir tapatinamos su teisinės prievolės paradigmomis, aspektų. Tolesnis argumentavimas yra paprastas: jeigu dėl šios priežasties tarptautinės teisės normos nėra „įpareigojančios“, tai jų priskyrimo teisei negalima pateisinti ir dėl to į jį nereikia žiūrėti rimtai; juk kad ir kokios tolerantiškos būtų bendrinės kalbos formos, šitai yra pernelyg didelis skirtumas, kad jo būtų galima nepastebėti. Visų spekuliacijų apie teisės esmę ištakos – tai prielaida, kad jos buvimas bent jau tam tikrą elgesį padaro privalomą.

Nagrinėdami šį argumentą, kiekvieną su tarptautinės sistemos faktine puse susijusią abejonę laikysime liudijančia jo naudai. Atkreipkime dėmesį, kad nei Tautų Sąjungos Statuto 16 straipsnis, nei Jungtinių Tautų Įstatų VII skyrius nesukūrė tarptautinėje teisėje nieko, kas galėtų prilygti municipalinės teisės sankcijoms. Nepaisant Korėjos karo, taip pat to, kas moralės požiūriu gali būtų pamokoma Sueco konflikte, mes darome prielaidą, kad tada, kai Įstatų nuo-

statų dėl prievartinio teisės įgyvendinimo taikymas yra svarbus, labai gali būti, jog šias nuostatas paralyžiuos veto, todėl jas reikia laikyti egzistuojančiomis tik popieriuje.

Tvirtinti, jog tarptautinė teisė nėra įpareigojanti dėl to, kad ji stokoja organizuotų sankcijų, reiškia tyliai priimti teisės teorijos, teigiančios, jog teisė yra iš esmės susijusi su grasinimais paremtais įsakymais, siūlomą prievolės analizę. Kaip matėme, ši teorija tapatina „prievolės turėjimą" arba „buvimą įpareigotu" su „tikimybe patirti sankciją arba bausmę, kuri gresia už nepaklusimą". Vis dėlto, kaip jau buvo parodyta, šis tapatinimas iškreipia tą vaidmenį, kurį prievolės ir pareigos idėjos visuomet vaidino teisinėje mintyje bei samprotavimuose. Net veiksmingas ir organizuotas sankcijas turinčioje municipalinėje teisėje dėl daugelio III skyriuje nurodytų priežasčių reikia skirti išorinio prediktyvistinio teiginio „Tikėtina, jog aš (tu) nukentėsiu (nukentėsi) dėl savo nepaklusnumo" prasmę nuo vidinio normatyvinio teiginio „Aš (tu) turiu (turi) prievolę veikti štai tokiu būdu", kuris konkretaus žmogaus situaciją įvertina normų, akceptuotų kaip orientaciniai elgesio modeliai, požiūriu. Tiesa, ne visos normos sukelia prievoles ir pareigas; tiesa ir tai, kad tos normos, kurios sukelia prievoles ir pareigas, paprastai ragina paaukoti privačius interesus, o jas palaiko rimti reikalavimai elgtis pagal šias normas bei atkakli nukrypimų nuo šių normų kritika. Tačiau kai tik mes išsivaduojame iš prediktyvistinės analizės bei ją paskatinusios teisės sampratos, iš esmės laikančios teisę grasinimais paremtais įsakymais, atrodo, nebėra jokios rimtos priežasties, dėl kurios reikėtų normatyvinę prievolės idėją apriboti normomis, palaikomomis organizuotų sankcijų.

Tačiau reikia apsvarstyti ir kito tipo argumentą, labiau įtikinamą dėl to, kad jis nesiejamas su prievolės apibrėžimu, grindžiamu sankcijų, kuriomis grasinama, tikėtinumu. Skeptikas galėtų atkreipti dėmesį į tai, ką ir mes patys pa-

brėžėme: municipalinėje teisinėje sistemoje yra tam tikros nuostatos, kurios pagrįstai vadinamos būtinomis; tokios nuostatos yra pirminės prievoles nustatančios normos, normos, draudžiančios laisvai vartoti smurtą, taip pat normos, leidžiančios oficialiai vartoti jėgą kaip šių ir kitų normų sankciją. Jeigu tokios normos bei jas palaikančios organizuotos sankcijos šia prasme yra būtinos municipalinei teisei, argi jos lygiai taip pat nėra būtinos tarptautinei teisei? Net neakcentuojant, jog tai išplaukia iš pačios žodžių „įpareigojantis" ir „prievolė" reikšmės, galima manyti, jog taip ir yra.

Atsakymą į tokio tipo argumentą diktuoja nuolatinį municipalinės teisės psichologinį ir fizinį kontekstą suformuojančios elementarios tiesos apie žmones ir juos supančią aplinką. Fizinės jėgos ir pažeidžiamumo požiūriu apytikriai lygių individų visuomenėse fizinės sankcijos yra ir būtinos, ir įmanomos. Jos reikalingos tam, kad savanoriškai paklūstantieji teisės suvaržymams netaptų teisės pažeidėjų, kurie naudojasi kitų pagarbos teisei teikiamais pranašumais, bet, nesant tokių sankcijų, patys jos negerbia, aukomis. Neizoliuotai vienas nuo kito gyvenantys individai turi tiek daug progų padaryti žalą kitiems, jeigu ne atvirai užpuldami, tai klasta, o jų šansai išvengti bausmės yra tokie dideli, kad nė vienoje visuomenėje, išskyrus pačias paprasčiausias jos formas, jokiomis grynai natūraliomis įbauginimo priemonėmis negalima būtų sulaikyti tų, kurie yra pernelyg pikti, pernelyg kvaili arba pernelyg silpni, kad paklustų teisei. Tačiau ir dėl paties apytikrės lygybės fakto, ir dėl aiškių paklusimo suvaržymų sistemai teikiamų pranašumų vargu ar galima tikėtis, kad kokios nors teisės pažeidėjų sąjungos jėgos viršytų jėgas tų, kurie savanoriškai bendradarbiauja palaikydami šią sistemą. Tokiomis aplinkybėmis, kurios sudaro municipalinės teisės foną, sankcijas teisės pažeidėjams galima sėkmingai taikyti palyginti menkai rizikuojant, o jų grėsmė

reikšmingai papildys esamas natūralias įbauginimo priemones. Bet kaip tik dėl to, kad paprastos gerai žinomos tiesos, tinkančios individams, netinka valstybėms, o tarptautinės teisės faktinis fonas taip labai skiriasi nuo municipalinės teisės faktinio fono, nėra nei lygiai tokios pat sankcijų būtinybės (nors gali būti pageidautina, kad tarptautinė teisė būtų palaikoma sankcijomis), nei lygiai tokios pat perspektyvos, kad jos bus naudojamos saugiai ir efektyviai.

Taip yra todėl, kad agresija tarp valstybių yra visai nepanaši į agresiją tarp individų. Smurto vartojimas tarp valstybių turi būti viešas, todėl, nors ir nėra tarptautinės policijos, labai mažai tikėtina, kad šis reikalas liks tik tarp agresoriaus ir aukos, kaip galėtų būti žmogžudystės arba vagystės atveju, jeigu nebūtų policijos. Pradėti karą net stipresnei valstybei reiškia rizikuoti sulaukti tokių pasekmių, kurias retai kada galima racionaliai ir aiškiai numatyti. Kita vertus, dėl to, kad valstybės nėra lygios, negalima visada būti tikriems, jog susivienijusios tarptautinės tvarkos šalininkų jėgos viršys į agresiją linkusių valstybių jėgas. Vadinasi, sankcijų organizavimas ir naudojimas gali būti susijęs su didžiausia rizika, o sankcijų grėsmė labai menkai papildys natūralias įbauginimo priemones. Šiomis labai skirtingomis faktinėmis aplinkybėmis tarptautinė teisė vystėsi kitaip negu municipalinė teisė. Jeigu už nusikaltimus nebūtų taikomos organizuotos represijos ir bausmės, šiuolaikinių valstybių gyventojai smurto ir vagysčių galėtų tikėtis kas valandą; tačiau valstybių gyvenime tarp siaubingų karų būdavo ilgi taikos metai. Žinant, kuo kare rizikuojama ir kas statoma ant kortos, taip pat valstybių tarpusavio poreikius, racionalu tikėtis tik šių taikos metų; tačiau juos verta reguliuoti normomis, kurios skiriasi nuo municipalinės teisės normų (be kitų dalykų) tuo, jog nesukuria jokio centrinio organo, užtikrinančio jų prievartinį įgyvendinimą. Ir vis dėlto apie tai, ko šios normos reikalauja, ir galvojama, ir kalba-

ma kaip apie privalomą dalyką; yra ir visuotinis spaudimas, verčiantis paklusti normoms; šiomis normomis remiasi pretenzijos bei jų pripažinimas, o jų pažeidimas laikomas pateisinančiu ne tik primygtinius reikalavimus gauti kompensaciją, bet ir represalijas* bei atsakomuosius veiksmus**. Kai normų nepaisoma, tai daroma ne todėl, kad jos nėra įpareigojančios; anaiptol, stengiamasi nuslėpti faktus. Žinoma, galima sakyti, jog tokios normos yra efektyvios tik tol, kol jos liečia klausimus, dėl kurių valstybės nelinkusios kariauti. Taip tikrai gali būti, ir tai nepalankiai atsilieptų šios sistemos svarbai ir jos vertei žmonijai. Tačiau tai, jog tiek daug dalykų galima užtikrinti, liudija, kad iš organizuotų sankcijų būtinumo municipalinei teisei jos fizinių ir psichologinių faktų sąlygomis negalima daryti paprastos išvados, esą be šių sankcijų tarptautinė teisė, funkcionuojanti visiškai kitokiame kontekste, neužkrauna prievolių, nėra „įpareigojanti“ arba nėra verta vadintis „teise“.

3. Prievolė ir valstybių suverenitetas

Didžioji Britanija, Belgija, Graikija, Sovietų Rusija turi teises ir prievoles pagal tarptautinę teisę ir todėl yra jos subjektai. Tai atsitiktiniai valstybių, kurias eilinis žmogus laiko nepriklausomomis, o teisininkas – „suvereniomis“, pavyzdžiai. Vienas iš patvariausių su tarptautinės teisės privalomuoju pobūdžiu susijusių keblumų šaltinių buvo sunkumai, kylantys siekiant pripažinti arba paaiškinti tą faktą,

* Prievartos priemonės, kurių imasi valstybė, atsakydama į, jos manymu, tarptautinės teisės požiūriu neteisėtus kitos valstybės veiksmus. Paprastai represalijos nesiejamos su ginkluotos jėgos naudojimu.

** Turimos galvoje *retorsijos* – valstybės teisinės gynybos priemonės, kurių ji imasi siekdama paveikti kitą valstybę, kad ši nutrauktų pirmosios valstybės atžvilgiu vykdomus nedraugiškus veiksmus, diskriminacinę politiką ir pan.

kad suvereni valstybė taip pat gali būti įpareigota arba turėti prievolę pagal tarptautinę teisę. Tam tikra prasme ši skeptiško požiūrio forma yra radikalesnė negu prieštaravimas, jog tarptautinė teisė nėra įpareigojanti dėl to, kad ji stokoja sankcijų. Juk pastarąjį prieštaravimą būtų galima pašalinti, jeigu tarptautinę teisę vieną dieną sustiprintų sankcijų sistema, tuo tarpu šis prieštaravimas remiasi konstatuojamu arba tik numanomu valstybės, kuri kartu yra ir suvereni, ir pavaldi teisei, sampratos esminiu nenuoseklumu.

Norėdami išnagrinėti šį prieštaravimą, turime nuodugniai išanalizuoti suvereniteto sąvoką, taikomą ne įstatymų leidybos institucijai ar kokiam nors kitam elementui arba asmeniui valstybės *viduje,* bet pačiai valstybei. Susidūrę su žodžio „suverenus" vartojimu jurisprudencijoje, esame linkę jį sieti su viršesnio už teisę asmens, kurio žodis už jį žemesniems arba jo valdiniams yra teisė, idėja. Ankstesniuose šios knygos skyriuose buvo parodyta, kad ši viliojanti sąvoka visai nepadeda suprasti municipalinės teisės sistemos struktūros; tačiau dar galingesnis painiavos šaltinis ji yra tarptautinės teisės teorijoje. Žinoma, valstybę galima įsivaizduoti taip, tarsi ji būtų savotiškas Antžmogis, t.y. Būtybė, kuri iš prigimties nevaržoma teisės, bet yra teisės šaltinis savo valdiniams. Gali būti, kad šią idėją, įtartiną daugelio politikos ir teisės teorijų įkvėpėją, jau nuo šešioliktojo amžiaus skatino simboliškas valstybės tapatinimas su monarchu (*„L'état c'est moi"**). Bet, norint suprasti tarptautinę teisę, svarbu atsikratyti tokių asociacijų. Žodis „valstybė" nėra kokio nors asmens arba daikto, vidujai arba „iš prigimties" esančio už teisės ribų, vardas; tai tik būdas nurodyti du faktus: pirma, kad tam tikros teritorijos gyventojai gyvena vyraujant tai organizuotai valdymo formai, kurią nustato teisinė sistema, turinti jai būdingą struktūrą, ap-

* „Valstybė – tai aš" *(pranc.)* – posakis, priskiriamas Prancūzijos karaliui Liudvikui XIV, siekusiam įtvirtinti absoliučią monarcho valdžią.

imančią įstatymų leidybos instituciją, teismus ir pirmines normas; ir, antra, kad vyriausybė turi aiškiai neapibrėžto masto nepriklausomybę.

Žinoma, žodžiui „valstybė" būdinga sava plati neapibrėžtumo sritis, bet to, kas pasakyta, pakanka atskleisti jos pagrindinei prasmei. Tokios valstybės, kaip Didžioji Britanija arba Brazilija, Jungtinės Valstijos arba Italija (tai vėl yra atsitiktiniai pavyzdžiai), labai dideliu mastu yra nepriklausomos ir nuo teisinės, ir nuo faktinės bet kokios už jų sienų esančios valdžios arba asmens kontrolės ir tarptautinėje teisėje bus laikomos „suvereniomis valstybėmis". Kita vertus, atskiros valstybės, kurios yra federacinės sąjungos narės, kaip antai Jungtinės Valstijos*, daugeliu įvairių būdų yra pavaldžios federalinės vyriausybės ir konstitucijos valdžiai ir kontrolei. Tačiau net šių federalinių valstijų nepriklausomybė yra didelė, palyginti su, tarkime, Anglijos grafystės statusu; pastarosios žodžiu „valstybė" niekuomet nepavadintume. Grafystėje gali būti kai kurias įstatymų leidybos institucijos funkcijas toje teritorijoje atliekanti vietinė taryba, tačiau jos menkos galios yra subordinuotos Parlamento galioms, ir, išskyrus tam tikras nedideles išimtis, grafystės teritorijoje paklūstama tiems patiems įstatymams ir vyriausybei, kaip ir kitoje šalies dalyje.

* Anglų kalbos žodis *state* reiškia ir *valstybę*, ir *valstiją*; angliškas JAV pavadinimas *United States of America* galėtų būti verčiamas ir *Jungtinės Amerikos Valstijos*, ir *Jungtinės Amerikos Valstybės*; beje, ankstesnėje (XX a. pradžios ir tarpukario) lietuviškoje literatūroje pastarasis pavadinimas buvo gana prigijęs. Jis tikriausiai labiau atspindi JAV konstitucinę raidą ir politinę istoriją, kurios vienas būdingiausių bruožų buvo glaudžiai susijusių, bet tuo metu formaliai nepriklausomų buvusiųjų kolonijų susiformavimas į valstybes, siekusias politinės integracijos į naują valstybę ir įgyvendinusias ją. Kaip matome, šio anglų kalbos politinio ir teisinio termino *(state)* vartosena atspindi giluminę tendenciją ir politinio mentaliteto bruožą – pripažinimą, jog valstybės buvimas nepaneigia jos sudedamųjų dalių valstybingumo, o sudėtinės valstybės (konfederacijos, federacijos, kai kada net imperijos) atveju jį dažniausiai net suponuoja (plg. Kanadą, Australiją).

Tarp šių kraštutinumų yra daug įvairių organizuotą valdymo formą turinčių teritorinių vienetų tarpusavio priklausomybės (ir nepriklausomybės) tipų ir laipsnių. Šiuo požiūriu suklasifikuoti kolonijas, protektoratus, siuzerenitetus, globojamąsias teritorijas, konfederacijas yra išties nuostabi problema. Daugeliu atvejų vieno vieneto priklausomybė nuo kito išreiškiama teisinėmis formomis, taigi teisė priklausomame teritoriniame vienete bent tam tikrais klausimais galiausiai bus priklausoma nuo kitame vienete atliekamų teisėdaros operacijų.

Tačiau kai kuriais atvejais priklausomos teritorijos teisinėje sistemoje jos priklausomybė gali neatsispindėti. Taip gali būti arba todėl, kad ši teritorija yra tik formaliai nepriklausoma, o faktiškai yra valdoma iš išorės per marionetes, arba todėl, kad priklausomoji teritorija turi tikrą autonomiją vidaus gyvenimo klausimais, bet išorės santykių – ne, o jos priklausomybės nuo kitos šalies išorės santykių klausimais nereikia išreikšti jos vidaus teisėje. Vieno teritorinio vieneto priklausomybė nuo kito šiais įvairiais būdais nėra vienintelė galimo jos nepriklausomybės apribojimo forma. Apribojantis veiksnys gali būti ne kito tokio vieneto valdžia arba autoritetinga valdžia, bet tarptautinė autoritetinga valdžia, daranti įtaką vienas nuo kito nepriklausomiems vienetams. Įmanoma įsivaizduoti daug įvairių tarptautinės autoritetingos valdžios formų, vadinasi, ir daug įvairių valstybių nepriklausomybės apribojimų. Čia, greta daugybės kitų, paminėtini tokie galimi atvejai: pagal Britanijos Parlamento modelį organizuota pasaulinė įstatymų leidybos institucija, turinti teisiškai neribotas galias reguliuoti visų teritorinių vienetų vidaus reikalus ir išorės santykius; pagal Kongreso modelį organizuota federalinė įstatymų leidybos institucija, turinti teisinę kompetenciją tik konkrečiai nurodytais klausimais arba apribotą garantijų, užtikrinančių ją sudarančių vienetų specifines teises; toks režimas, kuriame vienintelė

teisinės kontrolės forma yra normos, visuotinai akceptuojamos kaip taikytinos visiems; ir pagaliau toks režimas, kuriame vienintele prievolės forma pripažįstama sutartinė arba pačios prisiimta prievolė, todėl valstybės nepriklausomybę teisiškai apriboja tik jos pačios aktas.

Šio galimybių spektro nagrinėjimas yra sveikintinas dalykas, nes pats suvokimas, jog yra daug galimų priklausomybės ir nepriklausomybės formų ir laipsnių, yra žingsnis pirmyn bandant atsakyti į teiginį, jog dėl to, kad valstybės yra suverenios, jos *„negali“* būti pavaldžios tarptautinei teisei arba jos įpareigotos, arba *„gali“* būti įpareigotos tik tam tikros specifinės tarptautinės teisės formos. Juk žodis „suverenus“ reiškia ne ką kita, kaip „nepriklausomas“; kaip ir pastarasis žodis, jis yra negatyvus savo prasme: suvereni valstybė yra tokia valstybė, kuri *nėra* pavaldi tam tikroms kontrolės rūšims, o jos suverenitetas yra ta elgesio sritis, kurioje šis elgesys yra autonomiškas. Kaip matėme, tam tikrą autonomijos mastą diktuoja pati žodžio „valstybė“ reikšmė, bet prielaida, jog valstybės *„turi“* būti neribojamos prievolių arba *„gali“* būti ribojamos tik tam tikrų prievolės rūšių, geriausiu atveju yra nepagrįstas tvirtinimas, kad valstybės turi būti laisvos nuo visų kitų suvaržymų, o blogiausiu atveju yra tik neargumentuota dogma. Juk reikia konstatuoti tarp valstybių faktiškai esant tam tikrą tarptautinės autoritetingos valdžios formą, tad tokiu pačiu mastu yra apribotas ir valstybių suverenitetas, o šio apribojimo mastas yra toks, kurį leidžia normos. Todėl žinoti, kurios valstybės yra suverenios ir koks yra jų suvereniteto laipsnis, galima tik tuomet, kai yra žinoma, kokios yra normos; lygiai taip pat žinoti, ar anglas arba amerikietis yra laisvi ir koks yra jų laisvės mastas, galima tik tuomet, kai žinoma, kokia yra Anglijos arba Amerikos teisė. Tarptautinės teisės normos išties yra neapibrėžtos, o daugeliu klausimų tarp jų iškyla kolizijos, todėl abejonė dėl valstybėms likusios nepri-

klausomybės srities yra kur kas didesnė negu abejonė dėl piliečio laisvės pagal municipalinę teisę. Vis dėlto šie sunkumai nepatvirtina *a priori* argumento, kuriuo išvadą apie tarptautinės teisės bendrą pobūdį bandoma daryti remiantis neatsižvelgiant į tarptautinę teisę valstybėms priskiriamu absoliučiu suverenitetu.

Reikia pažymėti, kad nekritiškas suvereniteto idėjos traktavimas panašiai supainiojo ir municipalinės teisės, ir tarptautinės teisės teoriją, todėl ir vieną, ir kitą reikia panašiai koreguoti. Nekritiškai traktuojant suvereniteto idėją, mes skatinami tikėti, kad tarptautinė teisė *turi* turėti tam tikrą pobūdį, nes valstybės yra suverenios ir joms negali būti nustatyta jokių teisinių apribojimų, išskyrus tuos, kuriuos jos nusistato pačios, lygiai kaip mes skatinami tikėti, kad kiekvienoje municipalinėje teisinėje sistemoje *turi* būti suverenus įstatymų leidėjas, kuriam nėra nustatyta jokių teisinių apribojimų. Abiem atvejais, tikint suvereno, kuriam nėra nustatyta jokių teisinių apribojimų, buvimu, susikuriama išankstinė nuomonė klausimu, į kurį galima atsakyti tik išnagrinėjus veikiančias normas. Municipalinės teisės srityje šis klausimas yra toks: kokiu mastu šioje sistemoje pripažįstama aukščiausiosios įstatymų leidybos institucijos valdžia? Tarptautinės teisės srityje šis klausimas skamba taip: koks yra normų leidžiamas maksimalus valstybių autonomijos mastas?

Taigi paprasčiausias atsakymas į šį prieštaravimą yra toks, kad jame sukeičiama toji tvarka, kuria šie klausimai turi būti nagrinėjami. Kol nežinoma, kokios yra tarptautinės teisės formos ir ar jos nėra tik tuščios formos, nėra kaip sužinoti, kokį suverenitetą turi valstybės. Daugelis teisinių debatų buvo painūs dėl to, kad šis principas būdavo ignoruojamas; jo šviesoje naudinga panagrinėti tas tarptautinės teisės teorijas, kurios yra žinomos kaip „voliuntaristinės“ arba „savęs apribojimo“ teorijos. Šios teorijos stengiasi valstybių

(absoliutų) suverenitetą suderinti su įpareigojančių tarptautinės teisės normų buvimu, traktuodamos visas tarptautines prievoles kaip valstybių pačių sau nusistatytas prievoles, analogiškas iš pasižadėjimų kylančioms prievolėms. Tokios teorijos faktiškai yra politikos mokslo sričiai priklausančios visuomenės sutarties teorijos analogai tarptautinėje teisėje. Pastaroji teorija siekė paaiškinti faktus tokiu būdu: individai yra „iš prigimties" laisvi ir nepriklausomi, tačiau jie buvo municipalinės teisės įpareigoti, nes traktavo prievolę paklusti teisei kaip kylančią iš sutarties, kurią įpareigotieji individai sudarė vienas su kitu, o tam tikrais atvejais – ir su savo valdovais. Mes čia nenagrinėsime nei gerai žinomų prieštaravimų šiai teorijai, kai ji suprantama pažodžiui, nei jos vertingumo, kai ji laikoma tik vaizdinga analogija. Vietoj to iš minėtosios teorijos istorijos mes paimsime tris argumentus, prieštaraujančius voliuntaristinei tarptautinės teisės teorijai.

Pirma, šios teorijos visiškai nepaaiškina, iš kur yra žinoma, jog valstybės *„gali"* būti suvaržytos tik pačių sau nusistatytų prievolių, arba kodėl šis požiūris į valstybių suverenitetą turėtų būti priimtas dar neišanalizavus tikrojo tarptautinės teisės pobūdžio. Ar be to, kad ši pažiūra dažnai kartojama, ją dar kas nors palaiko? Antra, argumentas, kuriuo siekiama įrodyti, jog valstybės dėl savo suvereniteto *gali* būti pavaldžios tik toms normoms arba įpareigojamos tik tokių normų, kurias jos pačios sau nusistatė, yra nenuoseklus. Kai kurios visiškai kraštutinės „savęs apribojimo" teorijos formos valstybės sutikimą arba sutartinius įsipareigojimus traktuoja tik kaip numatomo būsimo valstybės elgesio deklaracijas, o jų nevykdymo nelaiko kokios nors prievolės sulaužymu. Nors tokia teorija visiškai prieštarauja faktams, tačiau ji bent yra nuosekli: tai yra pati paprasčiausia teorija, teigianti, jog valstybių absoliutus suverenitetas yra nesuderinamas su jokios rūšies prievolėmis, o valstybė, kaip

ir parlamentas, negali susisaistyti. Tačiau ne tokia kraštutinė pažiūra, kad valstybė gali pasižadėjimu, susitarimu arba sutartimi sau nusistatyti prievoles, prieštarauja teorijai, teigiančiai, jog valstybės paklūsta tik toms normoms, kurias jos pačios sau nusistato. Juk tam, kad užrašytieji arba ištartieji žodžiai tam tikromis aplinkybėmis atliktų pasižadėjimo funkciją ir tokiu būdu sukurtų prievoles ir suteiktų teises, į kurias galėtų pretenduoti kiti, jau turi egzistuoti *normos,* nustatančios, jog tai, ką valstybė daro, ji privalo daryti taip, kad tai atitiktų minėtuosius žodžius. Akivaizdu, kad tokioms normoms, kurių buvimą suponuoja pati sau nusistatytų prievolių sąvoka, *jų* privalomojo statuso negali suteikti sau nusistatyta prievolė paklusti šioms normoms.

Iš tiesų kiekvienam konkrečiam *veiksmui,* kurį valstybė privalo atlikti, privalomąjį pobūdį teoriškai gali suteikti pasižadėjimas; vis dėlto taip galėtų būti tik tokiu atveju, jeigu *normą,* nustatančią, kad pasižadėjimai ir t.t. sukuria prievoles, valstybei būtų galima taikyti nepriklausomai nuo jokių pasižadėjimų. Bet kokioje visuomenėje, nesvarbu, ar susidedančioje iš individų, ar iš valstybių, tam, kad pasižadėjimo, susitarimo arba sutarties žodžiai sukurtų prievoles, reikia ir pakanka to, kad apskritai, nors nebūtinai visuotinai, būtų pripažįstamos tokį dalyką nustatančios ir šių susisaistymo operacijų procedūrą apibrėžiančios normos. Jeigu jos yra pripažįstamos, šias procedūras sąmoningai taikantis individas arba valstybė yra suvaržomi priklausomai nuo to, ar jis arba ji patys pasirenka tokius suvaržymus, ar ne. Vadinasi, net ši visiškai savanoriška socialinės prievolės forma nurodo esant tam tikras normas, kurios yra įpareigojančios nepriklausomai nuo jų įpareigotosios šalies pasirinkimo, o valstybių atveju tai prieštarauja prielaidai, kad jų suverenitetas reikalauja, jog jos būtų laisvos nuo visų tokių normų.

Trečia, yra faktai. Reikia skirti ką tik kritikuotą *apriorinį* teiginį, kad valstybės *gali* būti įpareigotos tik jų pačių sau

nusistatytų prievolių, nuo teiginio, kad nors kitokios sistemos sąlygomis jos galėtų būti įpareigotos kitokiais būdais, tačiau faktiškai pagal dabartines tarptautinės teisės normas nėra jokios kitos valstybių prievolės formos. Žinoma, dabartinė tarptautinės teisės sistema gali turėti šią grynai konsensuso pagrindu sukurtą formą; teisininkų raštuose, teisėjų – net tarptautinių teismų – išvadose bei valstybių deklaracijose galima aptikti ir teiginių, išsakančių šį požiūrį į tarptautinės teisės pobūdį, ir jo paneigimų. Ar ši pažiūra yra teisinga, ar ne, gali parodyti tik bešališkas konkrečios valstybių praktikos tyrimas. Iš tiesų šiuolaikinė tarptautinė teisė didžiąja dalimi yra sutarčių teisė, todėl buvo imtasi nuodugnių bandymų įrodyti, jog tos normos, kurios, kaip paaiškėja, yra įpareigojančios valstybes be išankstinio šių valstybių sutikimo, iš tikrųjų remiasi šiuo sutikimu, tačiau toks sutikimas galėjo būti duotas tik „tyliai“, arba jį galima „numanyti“. Nors ir ne visi šie bandymai visas tarptautinės prievolės formas redukuoti į vieną yra fikcijos, tačiau bent kai kurie iš jų yra tokie pat įtartini, kaip ir „tylios komandos“ idėja, kuria, kaip mes matėme, buvo siekiama analogiškai, tik daug akivaizdžiau melagingai, supaprastinti municipalinę teisę.

Čia negalima imtis smulkiai nagrinėti teiginį, jog visos tarptautinės prievolės kyla iš įpareigotosios šalies sutikimo, tačiau reikia nurodyti dvi aiškias ir svarbias šios doktrinos išimtis. Pirmoji susijusi su naujomis valstybėmis. Niekuomet nebuvo abejojama, kad susikūrus naujai nepriklausomai valstybei, kaip antai 1932 m. Irakui arba 1948 m. Izraeliui, bendrosios tarptautinės teisės prievolės, apimančios, greta kitų, privalomąją galią sutartims suteikiančias normas, šią valstybę įpareigoja. Šiuo atveju bandymas naujosios valstybės tarptautines prievoles grįsti „tyliu“ sutikimu arba tokiu sutikimu, kurį galima „numanyti“, atrodo niekam tikęs. Antroji išimtis yra tokia: valstybė, kuri įgyja te-

ritoriją arba patiria kokius nors kitokius pokyčius, dėl kurių pirmą kartą atsiranda normų nustatomų prievolių, kurių anksčiau ši valstybė negalėjo nei laikytis, nei pažeisti ir dėl kurių jai nebuvo progos nei duoti, nei neduoti sutikimo, realizavimo sritis. Jeigu anksčiau priėjimo prie jūros neturėjusi valstybė įgyja pajūrio teritoriją, aišku, jog jau vien to pakanka, kad ji taptų pavaldi visoms normoms, reguliuojančioms klausimus, susijusius su teritoriniais vandenimis ir atvira jūra. Be šių, yra ir daugiau ginčytinų atvejų, daugiausiai susijusių su bendrųjų arba daugiašalių sutarčių poveikiu joms nepriklausančioms šalims; tačiau ir šių dviejų svarbių išimčių visiškai pakanka, kad būtų galima laikyti pagrįstu įtarimą, jog bendroji teorija, skelbianti, kad visos tarptautinės prievolės yra pačių sau nusistatytos, remiasi pernelyg abstrakčia dogma, bet mažai kreipia dėmesio į faktus.

4. Tarptautinė teisė ir moralė

V skyriuje mes nagrinėjome paprastą socialinės struktūros formą, susidedančią tik iš pirminių prievoles nustatančių normų, ir matėme, kad visose visuomenėse, išskyrus pačias mažiausias, glaudžiausiai susijungusias ir labiausiai izoliuotas, ji kentėtų dėl rimtų trūkumų. Toks režimas turėtų būti statiškas, nes jo normas keistų tik lėti augimo ir smukimo procesai, normų identifikavimas būtų nepatikimas, o jų pažeidimo konkrečiais atvejais išaiškinimas bei socialinio spaudimo taikymas pažeidėjams reikalautų daug laiko, būtų atsitiktinis ir silpnas. Mes padarėme aiškią išvadą, jog municipalinei teisei būdingos antrinės normos – pripažinimo, keitimo ir bylų sprendimo taisyklės ir yra tos skirtingos, bet susijusios tarpusavyje priemonės kompensuoti šiems įvairiems trūkumams.

Tarptautinė teisė savo forma primena tokį pirminių normų režimą, nors jos dažnai labai detalių normų turinys yra visiškai nepanašus į primityvios visuomenės normų turinį, o daugelis jos sąvokų, metodų ir techninių priemonių yra tokios pačios, kaip ir moderniosios municipalinės teisės. Labai dažnai teisininkai manydavo, kad šiuos formalius tarptautinės teisės ir municipalinės teisės skirtumus geriausiai galima išreikšti tarptautinę teisę priskiriant „moralei". Tačiau, atrodo, aišku, kad šitaip įvardiję šį skirtumą tik sukeltume painiavą.

Kartais atkaklų teigimą, kad normos, reguliuojančios santykius tarp valstybių, yra tik moralės normos, įkvepia sena dogmatiška nuomonė, esą tokia socialinės struktūros forma, kurios negalima redukuoti į grasinimais paremtus įsakymus, gali būti tik „moralė". Žinoma, žodį „moralė" galima vartoti tokia plačia prasme; taip vartojamas jis tampa koncepcijų šiukšliadėže, į kurią drauge su normomis ir principais, paprastai laikomais moraliniais, tokiais kaip įprasti draudimai elgtis žiauriai, nesąžiningai arba meluoti, keliauja žaidimų taisyklės, klubų taisyklės, etiketo normos, fundamentalios konstitucinės teisės ir tarptautinės teisės nuostatos. Šiai metodikai verta prieštarauti dėl to, kad tie dalykai, kurie visi kartu priskiriami „moralės" klasei, vienas nuo kito taip reikšmingai skiriasi savo forma bei socialinėmis funkcijomis, jog tokia šiurkšti klasifikacija negalėtų tarnauti jokiam įsivaizduojamam praktiniam arba teoriniam tikslui. Šitaip dirbtinai išplėstoje moralės kategorijoje tektų iš naujo pažymėti senuosius skirtumus, kuriuos ji ištrina.

Konkrečiu tarptautinės teisės atveju yra kelios skirtingos priežastys, dėl kurių reikėtų priešintis jos normų priskyrimui „moralei". Pirmoji iš jų yra ta, jog valstybės dažnai priekaištauja viena kitai už amoralų elgesį arba giria viena kitą už tai, kad jos gyvena pagal tarptautinės moralės standartus. Be jokios abejonės, *viena* iš dorybių, kurias vals-

tybės gali arba negali įrodyti turinčios, yra tarptautinės teisės laikymasis, bet tai nereiškia, kad ši teisė yra moralė. Faktiškai valstybių elgesio vertinimas moralės aspektu aiškiai skiriasi nuo pretenzijų bei reikalavimų formulavimo ir nuo teisių bei prievolių pripažinimo pagal tarptautinės teisės normas. V skyriuje mes išvardijome tam tikrus bruožus, kuriuos galima laikyti apibrėžiančiais socialinę moralę, – tarp jų paminėjome specialią moralinio spaudimo formą, kuria moralinės normos yra palaikomos pirmiausia. Toks moralinis spaudimas – tai ne apeliavimas į baimę, ne grasinimai atkeršyti ir ne reikalavimai ką nors kompensuoti, bet apeliavimas į sąžinę, grindžiamas tikėjimu, jog kai tik asmeniui, į kurį kreipiamasi, bus primintas atitinkamas moralinis principas, kaltės arba gėdos jausmas privers jį šį principą gerbti ir atlyginti nuostolius.

Pretenzijos pagal tarptautinę teisę tokia forma neišsakomos, tačiau, žinoma, kaip ir municipalinėje teisėje, jas galima susieti su moraline apeliacija. Valstybių viena kitai pateikiamuose dažnai techninio pobūdžio argumentuose dėl ginčijamų tarptautinės teisės dalykų dominuoja nuorodos į precedentus, sutartis bei teisininkų veikalus; moralinis teisingumas arba neteisingumas, gėris arba blogis čia dažniausiai neminimi. Vadinasi, teiginys, jog Pekino vyriausybė pagal tarptautinę teisę turi teisę išvyti nacionalistų pajėgas iš Formozos* arba jos neturi, labai skiriasi nuo klausimo, ar taip pasielgti yra sąžininga, teisinga, ar morališkai gera, ar bloga, ir yra skirtingai argumentuojamas. Nėra jokios abejonės, kad santykiuose tarp valstybių pasitaiko kompromisų tarp to, kas aiškiai yra teisė, ir to, kas aiškiai yra moralė, kuri yra analogiška mandagumo ir paslaugumo standartams privačiame gyvenime. Antai tokia kompromisinė yra tarptautinio „mandagumo“ sritis, pasireiškianti diplomatiniams

* T.y. Taivano *(port.)*.

atstovams teikiama privilegija gauti asmeniniam naudojimui skirtas prekes be muitų.

Bet svarbesnis yra toks šio skirtingumo pagrindimas. Kaip ir municipalinės teisės normos, tarptautinės teisės normos moralės požiūriu yra gana indiferentiškos. Norma gali egzistuoti ne dėl to, kad konkreti norma siejama su kokiu nors moraliniu būtinumu, o dėl to, kad yra patogu arba būtina turėti tam tikrą aiškią, fiksuotą normą atitinkamų subjektų atžvilgiu. Tokia norma kuo puikiausiai gali būti viso labo viena iš didelės daugybės galimų normų, iš kurių vienodai gerai būtų tikusi bet kuri. Taigi ir municipalinės teisės, ir tarptautinės teisės normos paprastai yra gana smulkmeniškos, be to, jos savavališkai nustato skirtumus, kurie kaip moralės normų arba principų elementai būtų nesuprantami. Tiesa, į galimą socialinės moralės turinį nereikia žiūrėti dogmatiškai: kaip matėme V skyriuje, socialinės grupės moralei gali būti primesta daug tokių dalykų, kurie, vertinant juos šiuolaikinių žinių šviesoje, gali pasirodyti absurdiški arba prietaringi. Antai nors ir sunku, bet įmanoma įsivaizduoti, kad žmonės, kurių bendri įsitikinimai labai skiriasi nuo mūsiškių, galėtų suteikti *moralinę* svarbą važiavimui kairiąja, o ne dešiniąja kelio puse, arba kad jie, sulaužę dviejų liudytojų akivaizdoje duotą pasižadėjimą, galėtų dėl to jausti moralinę kaltę, tačiau tokios kaltės nejaustų, jeigu liudytojas būtų tik vienas. Bet, nors tokios keistos moralės apraiškos ir yra įmanomos, vis dėlto tai nepaneigia, kad moralei (logiškai) negali priklausyti normos, tų, kurie jas pripažįsta, visuotinai laikomos neturinčiomis jokio pranašumo prieš alternatyvas ir ne itin svarbiomis. Tačiau nors teisė apima ir daug moralinę reikšmę turinčių normų, ji gali apimti ir apima kaip tik tokias normas, ir savavališkai nustatyti skirtumai, formalios procedūros bei smulkmeniškas detalizavimas, kuriuos būtų ypač sunku suvokti kaip moralės sudedamąją dalį, yra natūralūs ir lengvai suvokia-

mi teisės bruožai. Juk viena iš būdingiausių teisės funkcijų, skiriančių ją nuo moralės, yra įdiegti tik tuos elementus, kurie maksimaliai garantuotų aiškumą ir nuspėjamumą bei palengvintų pretenzijų įrodymą arba įvertinimą. Dėl nesaikingo dėmesio formos dalykams ir detalėms teisei prikišamas „formalizmas" ir „legalizmas"; vis dėlto svarbu atminti, kad šios ydos yra kai kurių skiriamųjų teisės savybių hiperbolizavimas.

Dėl tos pačios priežasties, dėl kurios tikimasi, kad ne moralė, bet valstybės municipalinė teisės sistema atsakys į klausimą, kiek reikia liudytojų, kad sudarytasis testamentas galiotų, taip pat tikimasi, kad ne moralė, bet tarptautinė teisė nurodys mums tokius dalykus, kaip antai kiek dienų kariaujančios šalies laivas gali stovėti neutraliame uoste, kad papildytų kuro atsargas arba remonto tikslais, koks yra teritorinių vandenų plotis ir kokie metodai turi būti naudojami jam išmatuoti. Visi šie dalykai – tai būtinos ir pageidautinos nuostatos, kurias turi suformuluoti *teisės normos,* tačiau kol manoma, kad tokios normos vienodai gali įgyti bet kurią iš keleto formų arba kad jos yra reikšmingos tik kaip viena iš daugelio priemonių, padedančių pasiekti specifinius tikslus, tol jos skiriasi nuo normų, kurių statusas individų arba socialiniame gyvenime yra analogiškas moralės statusui. Žinoma, ne visos tarptautinės teisės normos yra šio formalaus arba savavališko, arba morališkai neutralaus tipo. Kalbama apie tai, kad teisės normos *gali,* o moralės normos *negali* būti tokio tipo.

Tarptautinės teisės ir bet kokio reiškinio, kurį mes paprastai suvokiame kaip moralę, pobūdžio skirtumas turi ir kitą aspektą. Nors reikalaujančio tam tikrų praktinių veiksmų arba juos uždraudžiančio įstatymo galiojimas galiausiai gali sukelti grupės moralės pokyčius, moralės normas kuriančios arba naikinančios įstatymų leidybos institucijos idėja, kaip matėme VII skyriuje, yra absurdiška. Įstatymų leidy-

bos institucija savuoju *fiat* negali įdiegti naujos normos ir suteikti jai moralės normos statuso, lygiai kaip ji negali suteikti normai tradicijos statuso, nors priežastys, dėl kurių taip yra, abiem atvejais gali būti skirtingos. Taigi moralė ne tik stokoja įstatymų leidybos institucijos; pati pakeitimo žmogaus legislatyviniu *fiat* idėja yra visiškai nesuderinama su moralės idėja. Taip yra todėl, kad moralė suvokiama kaip galutinis kriterijus, kuriuo remiantis vertinami žmonių veiksmai (legislatyviniai arba kitokie). Skirtumas nuo tarptautinės teisės yra aiškus. Tarptautinės teisės prigimtyje arba funkcijoje nėra nieko, kas būtų panašiai nesuderinama su idėja, kad normos gali būti keičiamos įstatymų leidybos priemonėmis; įstatymų leidybos institucijos stoka yra tik stoka, daugelio suvokiama kaip trūkumas, kuris vieną dieną bus ištaisytas.

Pagaliau tarptautinės teisės teorijoje reikia įžvelgti paralelę tarp V skyriuje kritikuoto argumento, kad, net jeigu atskiros municipalinės teisės normos gali prieštarauti moralei, vis dėlto sistema kaip visuma remiasi visuotinai paplitusiu įsitikinimu, jog yra moralinė prievolė paklusti šios sistemos normoms, nors ypatingais išimtiniais atvejais šią prievolę gali užgožti kiti dalykai. Aptariant tarptautinės teisės „pagrindus", dažnai teigiama, jog blogiausiu atveju tarptautinės teisės normos *turi* remtis valstybių įsitikinimu, kad yra moralinė prievolė šioms normoms paklusti; tačiau jeigu toks teiginys reiškia ne tik tai, kad valstybių pripažįstamų prievolių neįmanoma įgyvendinti prievarta taikant oficialiai organizuotas sankcijas, atrodo, nėra pagrindo su juo sutikti. Žinoma, mintis, kad valstybė tam tikrą tarptautinės teisės reikalaujamą elgesio būdą laiko morališkai privalomu ir todėl veikia atitinkamu būdu, tam tikromis aplinkybėmis tikrai gali būti pateisinama. Pavyzdžiui, prievoles pagal labai nelengvą sutartį valstybė gali ir toliau vykdyti dėl tos akivaizdžios žalos, kurią patirtų žmonija, jeigu pasitikėjimas

sutartimis rimtai susvyruotų, arba būdama įsitikinusi, jog sąžiningumas reikalauja, kad ji prisiimtų varginančią naštą, užkraunamą kodekso, iš kurio ji savo ruožtu turėjo naudos praeityje, kai šią naštą nešė kitos valstybės. Tačiau dabar mūsų neturėtų sulaikyti klausimas, kieno konkrečiai su tokiais moralinių įsitikinimų dalykais susiję motyvai, mintys ir jausmai turi būti priskiriami valstybei.

Tačiau nors minėtasis moralinės prievolės jausmas *gali* būti, sunku įrodyti, kodėl ir kuria prasme šis jausmas *turi* būti tarptautinės teisės egzistavimo sąlyga. Aišku, kad valstybių praktikoje tam tikrų normų reguliariai laikomasi net paaukojant kai kuriuos dalykus; šiomis normomis remiamasi formuluojant pretenzijas; pažeidus šias normas, pažeidėjas yra griežtai kritikuojamas, o pats pažeidimas yra laikomas pagrindu reikalauti kompensacijos arba atpildo. Visa tai, žinoma, yra elementai, kurių reikia paremti teiginiui, kad tarp valstybių egzistuoja joms prievoles nustatančios normos. „Įpareigojančiųjų" normų buvimą bet kurioje visuomenėje įrodo tai, kad apie šias normas galvojama ir kalbama kaip apie tokias ir kad jos funkcionuoja kaip tokios. Ko dar reikia „pagrindams" ir kodėl, jeigu reikia dar ko nors, tai turi būti moralinės prievolės pagrindas? Žinoma, tiesa, kad normos negalėtų egzistuoti arba funkcionuoti santykiuose tarp valstybių, jeigu absoliuti dauguma nepripažintų šių normų ir nebendradarbiautų savanoriškai jas palaikant. Taip pat tiesa, kad tiems, kurie pažeidžia arba grasina pažeisią šias normas, daromas spaudimas dažnai yra palyginti silpnas ir paprastai būna decentralizuotas ir neorganizuotas. Bet, kaip ir individų, savanoriškai akceptuojančių kur kas labiau prievartinę municipalinę teisinę sistemą, atveju, čia pasireiškiantys motyvai savanoriškai paklusti tokiai sistemai gali būti kuo įvairiausi. Visiškai gali būti, kad bet kokiai teisinės tvarkos formai yra sveikiausia, kai yra visuotinai paplitęs jausmas, jog moralės požiūriu

privalu šiai sistemai paklusti. Vis dėlto paklusimas teisei gali būti motyvuojamas ne šiuo jausmu, bet ilgalaikių interesų apsvarstymu arba noru pratęsti tradiciją, arba nesavanaudišku rūpinimusi kitais žmonėmis. Matyt, nėra jokio rimto pagrindo identifikuoti kurį nors iš paminėtųjų dalykų kaip būtiną teisės egzistavimo tarp individų arba valstybių sąlygą.

5. Formos ir turinio analogija

Neišmanančiam žvilgsniui atrodo, kad formali tarptautinės teisės struktūra, stokojanti įstatymų leidybos institucijos, teismų, kurie turėtų privalomąją jurisdikciją, taip pat oficialiai organizuotų sankcijų, labai skiriasi nuo municipalinės teisės struktūros. Kaip mes sakėme, ji savo forma primena (bet turiniu – ne) paprastą ankstyvosios, arba paprotinės, teisės režimą. Ir vis dėlto kai kurie teoretikai, labai norėdami apginti skeptikų akyse tarptautinės teisės teisę vadintis „teise", pasidavė pagundai iki minimumo sumažinti šiuos formalius skirtumus ir pernelyg išpūsti tą analogiją, kurią galima įžvelgti tarp tarptautinės teisės ir įstatymų arba kitų pageidautinų municipalinės teisės bruožų. Antai jie įrodinėjo, jog karas, pasibaigiantis sutartimi, pagal kurią pralaimėjusioji valstybė praranda dalį savo teritorijos arba prisiima tam tikras prievoles, arba sutinka su kokia nors ribotos nepriklausomybės forma, iš esmės yra įstatymų leidybos aktas; juk jis, kaip ir įstatymų leidyba, yra primestas teisinis pokytis. Šiandien šitokia analogija mažai kam atrodytų įtaigi, ir tik nedaugelis sutiktų, jog ji padėjo įrodyti, kad ir tarptautinė teisė, ir municipalinė teisė turi vienodą teisę vadintis „teise"; juk vienas iš ryškiausių municipalinės teisės ir tarptautinės teisės skirtumų yra tai, kad pirmoji paprastai nepripažįsta jėga išgautų susitarimų galiojimo, o antroji pripažįsta.

Tie, kurie mano, jog teisė vadintis „teise“ priklauso nuo tokių analogijų, pabrėžia ir daugybę kitų labiau įtikinamų analogijų. Tas faktas, kad beveik visose bylose šalys teisingai įvykdo Tarptautinio teismo* ir jo pirmtako Nuolatinio tarptautinio teisingumo teismo** sprendimus, dažnai pabrėžiamas kaip savotiškai kompensuojantis tą faktą, kad, skirtingai nuo valstybės vidaus teismų, jokios valstybės negalima paduoti į šiuos tarptautinius tribunolus be jos išankstinio sutikimo. Taip pat buvo įžvelgtos analogijos tarp teisiškai reguliuojamo ir oficialiai administruojamo jėgos panaudojimo kaip municipalinės teisės numatytos sankcijos ir „decentralizuotų sankcijų“, t.y. karo arba atsakomojo jėgos panaudojimo, kurio griebiasi valstybė, tvirtinanti, kad tarptautinės teisės numatytas jos teises pažeidė kita valstybė. Kad čia esama tam tikros analogijos, yra aišku; bet jos reikšmingumą reikia vertinti atsižvelgiant į tokį pat aiškų faktą, kad municipaliniai teismai turi privalomąją jurisdikciją nagrinėti „savigalbos“ teigiamas ir neigiamas pasekmes ir bausti tuos, kurie griebėsi jos neteisėtai, tuo tarpu joks tarptautinis teismas panašios jurisdikcijos neturi.

Galima manyti, kad kai kurias iš šių abejotinų analogijų labai sustiprina prievolės, kurias valstybės prisiėmė pagal Jungtinių Tautų Įstatus. Tačiau ir šiuo atveju bet koks šių

* Turimas omenyje Jungtinių Tautų Organizacijos Tarptautinis teismas, kurio statutas yra sudedamoji JTO Įstatų dalis. Teismo būstinė yra Hagoje. Tarptautinis teismas sprendžia ginčus tarp valstybių, vadovaudamasis konvencijomis, tarptautiniais papročiais ir „civilizuotų tautų pripažintais bendraisiais teisės principais“. Byla teismui perduodama ginčo šalių susitarimu arba pagal vienos šalies pareiškimą, jeigu kita valstybė, ginčo dalyvė, yra pripažinusi privalomąją Tarptautinio teismo jurisdikciją šios kategorijos byloms. Reikia pripažinti, kad valstybės šią privalomąją jurisdikciją pripažįsta labai atsargiai (ją yra pripažinusios tik mažiau negu pusė Teismo statuto dalyvių).

** Tautų Sąjungos tarptautinis teismas tarpvalstybiniams ginčams spręsti ir konsultacinėms išvadoms tarptautiniais klausimais priimti, veikęs Hagoje 1922–1940 m. (formaliai nustojo veikti tik 1946 m., atsistatydinus visiems teisėjams).

prievolių galios įvertinimas yra nedaug vertas, jeigu ignoruojama tai, kokiu mastu tokias popieriuje pasigėrėtinas prievartinį teisės įgyvendinimą numatančias Įstatų nuostatas paralyžiavo didžiųjų valstybių veto, jų ideologinis susiskaldymas bei aljansai. Į tai kartais atsakoma, esą prievartinį teisės įgyvendinimą nustatančias municipalinės teisės nuostatas taip pat *gali* paralyžiuoti visuotinis streikas, bet toks atsakymas vargu ar įtikina; juk lyginant municipalinę teisę ir tarptautinę teisę mums rūpi tai, kas faktiškai yra, o šiuo atveju neįmanoma paneigti, kad šie faktai skiriasi.

Tačiau buvo pasiūlyta viena formali tarptautinės teisės ir municipalinės teisės analogija, kurią verta panagrinėti šiek tiek smulkiau. Kelsenas ir dauguma šiuolaikinių teoretikų primygtinai tvirtina, jog tarptautinėje teisėje, kaip ir municipalinėje teisėje, yra ir būtinai turi būti „fundamentalioji norma", arba tai, ką mes pavadinome pripažinimo taisykle, kuria remiantis galima įvertinti kitų tos sistemos normų galiojimą; todėl normos ir sudaro tam tikrą vieningą sistemą. Priešingu požiūriu, ši struktūros analogija yra netikra: tarptautinė teisė – tai tiesiog atskirų prievoles nustatančių pirminių normų, kurios nėra sujungtos minėtuoju būdu, *visuma.* Tai, kalbant įprastais tarptautinės teisės specialistų terminais, yra visuma paprotinių normų, iš kurių viena yra norma, suteikianti sutartims įpareigojančią galią. Pažymėtina, kad tiems, kurie ėmėsi minėtosios užduoties atrasti šią tarptautinės teisės „fundamentaliąją normą", buvo labai sunku ją suformuluoti. Iš kandidatų į šią poziciją paminėtinas *pacta sunt servanda** principas. Tačiau vėliau dauguma teoretikų šios pažiūros atsisakė, nes ji pasirodė nesuderinama su tuo faktu, kad ne visos prievolės pagal tarptautinę teisę kyla iš *pacta***, nors ir kaip plačiai interpretuotume šį terminą. Todėl jis buvo pakeistas kitu, mažiau žinomu, –

* Sutarčių reikia laikytis *(lot.).*

** Sutarčių *(lot.).*

vadinamąja norma, nustatančia, kad „valstybės turi elgtis taip, kaip jos paprastai elgiasi".

Mes neaptarinėsime šių ir kitų konkuruojančių tarptautinės teisės fundamentaliosios normos formuluočių pranašumų; mes kvestionuosime prielaidą, jog toks elementas joje būtinai turi būti. Čia reikia pateikti pirmą ir tikriausiasi paskutinį klausimą: kodėl reikia daryti šią *apriorinę* prielaidą (nes būtent tokia ji yra) ir taip susidaryti išankstinę nuostatą dėl tikrojo tarptautinės teisės normų pobūdžio? Juk tikrai įmanoma įsivaizduoti (ir tikriausiai taip dažnai ir būna), jog visuomenė gali gyventi, vadovaudamasi jos nariams prievoles nustatančiomis normomis kaip „įpareigojančiomis" net ir tuo atveju, jeigu ji jas suvokia tiesiog kaip visumą atskirų normų, kurių nejungia arba jų galiojimo nelemia kokia nors fundamentalesnė norma. Aišku, jog pats normų buvimas dar nereiškia, kad yra tokia fundamentali norma. Daugelyje šiuolaikinių visuomenių yra etiketo normos; nors mes ir nelaikome jų nustatančiomis prievoles, tačiau tikrai galime sakyti, kad šios normos yra; ir vis dėlto mes nei ieškosime, nei galime tikėtis atrasti fundamentalią etiketo normą, su kuria būtų galima sieti atskirų normų galiojimą. Tokios normos sudaro ne sistemą, o tik visumą; žinoma, tokios socialinės kontrolės formos, susiduriančios su daug svarbesniais klausimais nei etiketo, nepatogumai yra dideli. Juos jau aprašėme V skyriuje. Vis dėlto jeigu normos faktiškai akceptuojamos kaip elgesio modeliai ir yra palaikomos atitinkamomis socialinio spaudimo formomis, kurios skiriasi nuo privalomųjų normų, tai norint parodyti, kad jos yra įpareigojančios normos, nieko daugiau ir nereikia; tačiau šioje paprastoje socialinės struktūros formoje stinga to, kas yra municipalinėje teisėje: būtent būdo parodyti individualių normų galiojimą remiantis tam tikra sistemos svarbiausiąja norma.

Aišku, apie normas, sudarančias ne sistemą, bet paprastą visumą, galima būtų paklauti daugelio dalykų. Pavyzdžiui, galima klausti jų istorinės kilmės arba kokios priežastys skatino šių normų augimą. Taip pat galima klausti, kokią vertę šios normos turi tiems, kurie pagal jas gyvena, ir ar jie laiko save morališkai įpareigotais paklusti šioms normoms, ar paklūsta dėl kokio nors kito motyvo. Tačiau vieno klausimo, kurį būtų galima pateikti kalbant apie sistemos, papildytos, kaip municipalinė teisė, fundamentaliąja norma, arba antrine pripažinimo taisykle, normas, šiuo paprastesniuoju atveju negalima paklausti. Šiuo paprastesniuoju atveju mes negalime paklausti: „Kokia svarbiausia nuostata grindžiamas atskirų sistemos normų galiojimas arba jų „įpareigojamoji galia?" Tokios nuostatos nėra, bet jos ir nereikia. Todėl klaidinga manyti, kad fundamentalioji norma, arba pripažinimo taisyklė, yra visuotinai būtina prievoles nustatančių normų, arba „įpareigojančiųjų" normų, buvimo sąlyga. Ji yra ne būtinybė, bet prabanga, būdinga labiau išsivysčiusioms socialinėms sistemoms, kurių nariai ne tik šiaip vieną po kitos akceptuoja atskiras normas, bet yra iš anksto pasirengę akceptuoti bendras normų grupes, atitinkančias bendruosius galiojimo kriterijus. Paprastesnėje visuomenės formoje mes dar turime palūkėti ir pamatyti, ar norma bus akceptuota kaip norma, ar ne; tuo tarpu sistemoje, kurioje yra fundamentalioji norma – pripažinimo taisyklė, dar prieš faktiškai normą sukuriant galima teigti, kad ji *bus* galiojanti, *jeigu* ji atitiks pripažinimo taisyklės reikalavimus.

Tą pačią mintį galima išdėstyti kitaip. Minėtoji pripažinimo taisyklė, papildanti paprastą atskirų normų visumą, ne tik pateikia jai sistemos pranašumus ir identifikavimo lengvumą, bet pirmą kartą padaro galimus naujos rūšies teiginius. Tai vidiniai teiginiai apie normų galiojimą; juk dabar klausimai „Kokia sistemos nuostata padaro šią nor-

mą įpareigojančią?“ arba, Kelseno žodžiais tariant, „Kas sistemos viduje yra jos galiojimo priežastis?“ įgyja naują prasmę. Atsakymus į šiuos naujus klausimus pateikia fundamentalioji norma – pripažinimo taisyklė. Bet nors paprastesnėje struktūroje šiuo būdu, t.y. nurodant kokią nors dar fundamentalesnę normą, normų galiojimo negalima pademonstruoti, tai anaiptol nereiškia, kad koks nors klausimas apie normas arba jų įpareigojamąją galią, arba galiojimą lieka nepaaiškintas. Tai, kodėl normos tokioje paprastoje socialinėje struktūroje yra įpareigojančios, nėra kokia nors paslaptis, kurią išaiškintų fundamentalioji norma, jeigu tik mums pavyktų ją suprasti. Paprastos struktūros normos yra, kaip ir labiau išsivysčiusių sistemų fundamentalioji norma, įpareigojančios, jeigu jos akceptuojamos ir funkcionuoja kaip tokios. Tačiau jeigu užsispyrus ieškoma vienovės ir sistemos, kurioje šių pageidaujamų elementų faktiškai negalima rasti, lengvai galima aptemdyti šias paprastas tiesas apie skirtingas socialinės struktūros formas.

Išties pastangos sumodeliuoti fundamentaliąją normą pačioms paprasčiausioms socialinės struktūros formoms, kuriose tokios normos nėra, yra šiek tiek komiškos. Tai tolygu tvirtinimui, kad nuogas laukinis iš tikrųjų *turi* būti apsirengęs kokiais nors nematomais šiuolaikiniais drabužiais. Deja, čia taip pat nuolat gresia pavojus susipainioti. Mus galima įtikinti traktuoti kaip fundamentaliąją normą tai, kas yra tik tuščias pakartojimas to fakto, kad atitinkama visuomenė (nesvarbu, individų ar valstybių) laikosi tam tikrų elgesio modelių kaip privalomųjų normų. Tai, be abejo, pasakytina apie keistą tarptautinei teisei siūlytą fundamentaliąją normą: „Valstybės turi elgtis taip, kaip jos paprastai elgdavosi“. Juk tuo nepasakoma nieko daugiau, kaip tik tai, jog akceptuojantieji tam tikras normas taip pat turi laikytis normos, nustatančios, kad normų turi būti laikomasi. Tai yra tik to fakto, kad valstybės yra akceptavusios nor-

mų visumą kaip įpareigojančias normas, nenaudingas pakartojimas.

Jeigu mes atsikratome prielaidos, kad tarptautinė teisė *turi* turėti fundamentaliąją normą, mums iškylantis klausimas turi būti fakto klausimas. Koks yra tikrasis normų pobūdis, kaip jos funkcionuoja santykiuose tarp valstybių? Žinoma, galima skirtingai aiškinti stebimuosius reiškinius; tačiau su vienu dalyku negalima nesutikti – jokios fundamentaliosios normos, nustatančios bendruosius tarptautinės teisės normų galiojimo kriterijus, nėra, o faktiškai galiojančios normos sudaro ne sistemą, bet normų visumą; tarp jų yra ir normos, nustatančios, kad sutartys turi įpareigojamąją galią. Iš tiesų daugeliu svarbių klausimų santykius tarp valstybių reguliuoja daugiašalės sutartys; kartais teigiama, kad šios sutartys gali įpareigoti ir jose nedalyvaujančias valstybes. Bet jeigu tai būtų visuotinai pripažįstama, tokios sutartys faktiškai būtų legislatyviniai aktai, o tarptautinės teisės normoms turėtų būti taikomi visai kitokie galiojimo kriterijai. Tada būtų įmanoma suformuluoti tokią fundamentaliąją normą – pripažinimo taisyklę, kuri ne tuščiai pakartotų faktą, kad valstybės faktiškai laikosi normų visumos, bet iš tikrųjų atspindėtų tikrą sistemos bruožą. Tarptautinė teisė šiuo metu tikriausiai yra perėjimo prie šios ir kitų formų, priartinsiančių jos struktūrą prie municipalinės teisės struktūros, akceptavimo stadijoje. Kai šis perėjimas baigsis, jeigu jis apskritai įvyks, formalios analogijos, kurios šiandien atrodo neįtikinamos ir net iliuzinės, įgis turinį ir pašalins skeptikų abejones dėl tarptautinės teisės teisinės „kokybės“. Bet kol tai neįvyko, šios analogijos yra funkcijos ir turinio, o ne formos analogijos. Funkcijos analogijas lengviausia įžvelgti apmąstant tuos aspektus, kuriais tarptautinė teisė skiriasi nuo moralės; kai kurie iš jų buvo nagrinėjami ankstesniame skirsnyje. Turinio analogijas sudaro įvairūs principai, sąvokos ir metodai, bendri ir municipalinei, ir

tarptautinei teisei, todėl leidžiantys vienoje srityje teisininkų naudojamą metodiką laisvai perkelti į kitą sritį. Benthamas, pavadinimo „tarptautinė teisė“ išradėjas, tarptautinę teisę gynė tiesiog pareikšdamas, kad ji yra „pakankamai analogiška“[34] municipalinei teisei. Čia verta pridurti du dalykus. Pirma, tai yra turinio, o ne formos analogija; antra, šioje turinio analogijoje jokios kitos socialinės normos nėra tokios panašios į municipalinę teisę, kaip tarptautinės teisės normos.

[34] *Principles of Morals and Legislation*, XVII, 25, n. 1.

POST SCRIPTUM

Įvadas

Ši knyga pirmą kartą buvo išspausdinta prieš trisdešimt dvejus metus. Per tą laiką jurisprudencija ir filosofija labai suartėjo, o teisės teorijos disciplina ir šioje šalyje, ir Jungtinėse Valstijose buvo labai išplėtota. Norėčiau tikėti, jog ši knyga padėjo skatinti šią plėtotę, net jeigu tarp mokslininkų teisininkų ir tarp filosofų kritikavusių jos pagrindines doktrinas buvo ne mažiau negu į jas atsivertusių. Kad ir kaip ten būtų, nors iš pradžių aš rašiau šią knygą manydamas, jog ją skaitys Anglijos universitetų bakalauro programos studentai, bet ji paplito daug plačiau, pasirodė daug papildomos ją kritiškai komentuojančios literatūros ir angliškai kalbančiame pasaulyje, ir kai kuriose valstybėse, kur buvo išleisti šios knygos vertimai. Didžioji šios kritinės literatūros dalis – tai straipsniai teisės ir filosofijos žurnaluose, bet buvo išspausdinta ir nemažai reikšmingų knygų, kuriose įvairios šios knygos doktrinos buvo pasirinktos kritikos taikiniais bei išeities tašku pačių kritikų teisės teorijoms išdėstyti.

Nors aš ir mečiau keletą kritiškų pastabų kai kuriems savo kritikams, ypač velioniui profesoriui Lonui Fulleriui[1]

[1] Žr. mano atsiliepimą apie jo *Teisės moralumą* (*The Morality of Law* (1964)), 78 *Harvard Law Review,* 1281 (1965)), perspausdintą mano knygoje *Esė apie jurisprudenciją ir filosofiją* (*Essays on Jurisprudence and Philosophy* (1983), p. 343). [Pastaba: redaktorių pridėtos „Post scriptum" išnašos pateikiamos laužtiniuose skliaustuose.]

ir profesoriui R. M. Dworkinui[2], iki šiol aš nė vienam iš jų išsamiai neatsakiau; aš buvau linkęs stebėti ir mokytis iš labai pamokomos diskusijos; kai kurie joje dalyvavę kritikai vienas nuo kito skyrėsi ne mažiau negu nuo manęs. Bet šiame „Post scriptum" aš pabandysiu atsakyti į kai kurią Dworkino plataus pobūdžio kritiką, pateiktą vaisinguose straipsniuose, surinktuose jo knygose *Rimtas požiūris į teises (Taking Rights Seriously,* 1977) ir *Principo reikalas* (*A Matter of Principle,* 1982), bei knygoje *Teisės imperija* (*Laws Empire,* 1986)[3]*. „Post scriptum" aš sutelkiu dėmesį pir-

[2] Žr. mano straipsnius „Teisė filosofijos požiūriu" („Law in the Perspective of Philosophy: 1776–1976", 51 *New York University Law Review,* 538 (1976)); „Amerikos jurisprudencija anglo akimis: košmaras ir kilni svajonė" („American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble dream", 11 *Georgia Law Review,* 969 (1977)); „Nauda ar teisės" („Between Utility and Rights", 79 *Columbia Law Review,* 828 (1979)). Visos išvardytos publikacijos perspausdintos knygoje *Esė apie jurisprudenciją ir filosofiją.* Žr. taip pat „Teisinė pareiga ir prievolė" („Legal Duty and Obligation"), sk. VI, mano knygoje *Esė apie Benthamą* (*Essays on Bentham,* 1982), ir „Komentarą" („Comment") R. Gavisono parengtoje knygoje *Šiuolaikinės teisės filosofijos problemos (Issues in Contemporary Legal Philosophy* (1987), p. 35).

[3] Toliau cituojami atitinkamai kaip *TRS*, *AMP* ir *LE*.

* Ronaldo Dworkino, bene garsiausio Harto kritiko, pagrindinės knygos. Pirmoji, nors ir sudaryta iš anksčiau parašytų straipsnių, faktiškai yra vientisa studija. Pirmųjų dviejų knygų pavadinimai – savotiškas žodžių žaismas, atspindintis ne tik Dworkino propaguojamas liberalias politines vertybes, bet ir jo teisės teorijos turinį – subjektyvines teises (*rights*) ir teisės principus (*principles*), kuriuos, pasak jo, Hartas, traktuojantis teisę kaip vien tik ar beveik vien tik normas, nepelnytai ignoruoja, kaip ir kitus reiškinius, pavyzdžiui, teisės aiškinimo aktus (*interpretations*) ir politines nuostatas (*policies*), kuriuos Dworkinas irgi laiko teisės elementais. Apskritai Dworkinas, dėstydamas savo teoriją, perėmė Harto metodą: Harto teorijos išeities taškas – nuodugni Austino teisės teorijos kritika, be kurios vargu ar būtų įmanoma pati Harto teorija; tuo tarpu Dworkino teorijos išeities taškas – principinė Harto koncepcijos kritika, be kurios Dworkino teorija tikrai nebūtų buvusi sukurta. Politikos filosofijos požiūriu (bet kokia brandi ir konstruktyvi teisės filosofija visuomet turi ir tam tikrą politikos bei moralės filosofijos aspektą) Dworkinas, akcentuojantis individo prigimtines teises (*teisės kaip koziriai, rights as trumps*), yra ne toks akademiškai neutralus, kaip Hartas. Iš kitų (į minėtuosius rinkinius neįtrauktų) jo straipsnių, kuriuose nuosekliausiai atskleidžiama jo teisės

miausia į Dworkino kritiką, nes jis ne tik teigė, kad beveik visi būdingiausieji šios knygos teiginiai yra iš esmės neteisingi, bet ir kvestionavo visą teisės teorijos koncepciją ir tai, ką, kaip galima numanyti iš knygos, ši teorija turėtų veikti. Metams bėgant, Dworkino argumentai prieš pagrindines knygos idėjas buvo iš esmės nuoseklūs, bet įvyko ir tam tikrų svarbių kai kurių argumentų turinio bei terminijos, kuria jie buvo formuluojami, pokyčių. Kai kurie ankstesniuose rašiniuose buvę ryškūs kritiniai argumentai nebeišsakomi paskutiniajame Dworkino veikale, nors jų ir nebuvo aiškiai atsisakyta. Tačiau tokia ankstyvoji kritika plačiai paplito ir yra labai įtakinga, todėl aš maniau esant reikalinga į ją atsakyti, kaip ir į vėlesniąją kritiką.

Pirmasis ir ilgesnysis šio „Post scriptum" skirsnis skirtas Dworkino argumentams. Bet antrajame skirsnyje aš aptariu daugelio kitų kritikų teiginius, jog kai kurių mano tezių formulavimas yra ne tik neaiškus ir netikslus, bet tam tikrais aspektais išties nenuoseklus ir prieštaringas[4]. Aš turiu čia pripažinti, kad mano kritikai buvo teisūs daugeliu atvejų, kurių aš dabar nenoriu svarstyti, todėl šiame „Post scriptum" pasinaudosiu proga paaiškinti tai, kas buvo neaišku, ir peržiūrėti tai, ką iš pradžių parašiau nenuosekliai arba prieštaringai.

1. Teisės teorijos esmė

Rašydamas šią knygą, turėjau tikslą pateikti tokią teisės teoriją, kuri būtų bendra ir deskriptyvi. Ji yra *bendra* ta

teorija ir teisės filosofija, paminėtini tokie: „Teisėjų diskrecija" („Judicial Discretion", 60 *Journal of Philosophy* 638 (1963)), „Teisė kaip aiškinimas" („Law as Interpretation", 60 *Texas Law Review* 527 (1982)), „Ronaldo Dworkino atsakymas" („A Reply by Ronald Dworkin", Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (1983)) ir kt.

[4] [Hartas neužbaigė antrojo iš čia paminėtų skirsnių. Žr. Redaktorių pastabą.]

prasme, kad ji nesiejama su kokia nors konkrečia teisine sistema arba teisine kultūra, bet siekia paaiškinti ir išryškinti teisę kaip sudėtingą socialinį ir politinį institutą, turintį valdymo pasitelkus normas (ir šia prasme „normatyvinį“) aspektą. Šis institutas, nepaisant jo įvairovės skirtingose kultūrose ir skirtingais laikais, įgijo tokią pačią bendrą formą ir struktūrą, nors ji ir apaugo gausybe nesusipratimų bei jos esmę užtemdančių mitų, kuriuos reikia išsklaidyti. Norint susidoroti su šia aiškinamąja užduotimi, išeities tašku reikia imti plačiai paplitusias bendrąsias žinias apie ryškiausius šiuolaikinės municipalinės teisės sistemos bruožus, kurias šios knygos 46 puslapyje aš priskiriu kiekvienam išsilavinusiam žmogui. Mano dėstymas yra *deskriptyvus* ta prasme, kad jis yra morališkai neutralus ir jam nekeliami jokie tikslai ką nors pateisinti: juo nesiekiama moralės ar kokiu nors kitu požiūriu pateisinti arba pagirti mano bendrojoje teisės sampratoje apibūdinamas formas ir struktūras, tačiau aš manau, kad jų aiškus supratimas yra svarbi kiekvienos naudingos moralinės teisės kritikos prielaida.

Šiam deskriptyvumui užtikrinti mano knygoje nuolat vartojamos tokios sąvokos, kaip *pareigas nustatančios normos, galias suteikiančios normos, pripažinimo taisyklės, keitimo taisyklės, normų akceptavimas, vidiniai ir išoriniai požiūriai, vidiniai ir išoriniai teiginiai* ir *teisinis galiojimas.* Šios sąvokos sutelkia dėmesį į elementus, kuriais remiantis galima pateikti aiškią teisinių institutų ir teisinės praktikos įvairovės analizę ir atsakyti į klausimus apie bendrąją teisės esmę, iškilusius apmąstant šiuos institutus ir praktiką. Tai būtų tokie klausimai: kas yra normos? Kuo normos skiriasi nuo paprastų įpročių arba tiesiog elgesio dėsningumų? Ar yra iš esmės skirtingų teisės normų tipų? Kaip normos gali būti susijusios? Ką reiškia tai, kad normos sudaro sistemą? Kaip teisės normos ir jų galia yra susijusios su grasinimais, o kita vertus – su moralės reikalavimais?[5]

[5] Žr . H. L. A. Hart, „Comment“, in Gavison, n. 2, p. 35.

Šitaip – kaip deskriptyvi ir bendra – suvokiama teisės teorija iš esmės skiriasi nuo Dworkino teisės teorijos (arba „jurisprudencijos“, kaip jis dažnai ją vadina) koncepcijos, teisės teoriją laikančios iš dalies evalvacine ir justifikacine* bei „skirta konkrečiai teisinei kultūrai“[6], kuri paprastai yra paties teoretiko teisinė kultūra; Dworkino atveju tai yra anglų ir amerikiečių teisė. Taip suvokiamos teisės teorijos pagrindinį uždavinį Dworkinas vadina „interpretaciniu“[7]*; jis iš dalies yra vertinamasis, nes susijęs su identifikavimu tų principų, kurie geriausiai „tinka“ arba labiausiai dera prie jau susiklosčiusios teisės bei teisinės sistemos teisinės praktikos ir, parodydami teisę „jai palankiausioje šviesoje“[8], pateikia geriausią jos moralinį pateisinimą. Šitaip identifikuojami principai Dworkinui yra ne tik teisės teorijos sudedamosios dalys, bet ir numanomos pačios teisės sudedamosios dalys. Antai jam „jurisprudencija yra bylų sprendimo bendroji dalis, tylus bet kokio teisinio sprendimo pro-

* Terminai *evalvacinė* (*evaluative*) ir *justifikacinė* (*justificatory*) lietuvių kalbos požiūriu gali sulaukti tam tikrų priekaištų, tačiau jų pažodiniai lietuviškieji atitikmenys *vertinamoji* (*vertybinė*) ir *pateisinamoji* (arba panašūs) turinio požiūriu būtų ne mažiau ydingi, nes vargu ar gali padėti identifikuoti atitinkamas teorijas kaip *tam tikrų* teorijų *rūšis* (*tipus*). Manydami, kad lietuviško arba tarptautinio žodžio, perteikiančio mums naują terminą, vartojimas yra veikiau konvencijos, be to – ir įpročio dalykas, patogumą lietuvio skaitytojo ausiai turėjome paaukoti dėl prasmės ir turinio. Deja, lietuviškoji teisės terminija (ypač teorijos terminai) nėra pakankamai išplėtota ir vargu ar gali (ir ar ateityje galės) pasiūlyti autentiškus terminus, leidžiančius pakankamai abstrahuotai įvardyti tokius reiškinius. Galima teigti, kad toks teisės teorijos terminų „internacionalizavimas“ šiuo metu, kai praktiniai teisės srities poreikiai pranoksta pastangas ir galimybes planingai vystyti terminiją, yra nepaneigiama tendencija, taip pat spėti, kad ši tendencija dar kurį laiką dominuos.

[6] *LE* 102.

[7] *LE*, sk. 3.

* Dworkinas vartoja terminą *interpretive*. Šiaip jau lietuviškojoje teisės literatūroje vartojama ne *teisės interpretavimo*, bet *teisės aiškinimo* sąvoka, kuri vargu ar tiktų specifinės teisės teorijos koncepcijos pavadinimui.

[8] *LE* 90.

[9] *LE* 90.

logas“[9]. Savo ankstesniajame darbe tokius principus Dworkinas įvardijo tiesiog kaip „sveikiausiąją teisės teoriją“[10], bet paskutiniame darbe *Teisės imperija* jis kritikuoja ir šiuos principus, ir konkrečias teisės nuostatas, išplaukiančias iš šių principų kaip teisė „interpretacine prasme“. Jau susiklosčiusią teisinę praktiką arba teisės paradigmas, kurias turėtų aiškinti šitokia interpretacinė teorija, Dworkinas vadina „preinterpretacinėmis“[11]*; jis yra įsitikinęs, jog teoretikui neturėtų iškilti kokių nors sunkumų identifikuojant šiuos preinterpretacinius duomenis, be to, jam ir nereikia spręsti jokios su šių preinterpretacinių duomenų identifikavimu susijusios teorinės užduoties, nes jie yra nustatyti kaip bendro konkrečių teisinių sistemų teisininkų konsensuso rezultatas[12].

Visai neaišku, kodėl tarp tokių skirtingų sumanymų, kaip manoji ir Dworkino teisės teorijos koncepcijos, turėtų kilti arba išties galėtų kilti koks nors reikšmingas konfliktas. Antai daugelis Dworkino darbų, tarp jų ir *Teisės imperija,* yra skirti lyginti ir nagrinėti trijų skirtingų būdų, kuriais teisė („praeities politiniai sprendimai“[13]) pateisina prievartą ir šitaip leidžia susiformuoti trims skirtingoms teisės teorijos formoms, Dworkino vadinamoms „konvencionalizmu“, „teisiniu pragmatizmu“ bei „integralia teise“[14], pranašumams. Visa tai, ką Dworkinas rašo apie šiuos tris teorijų tipus, yra labai įdomus ir reikšmingas įnašas į evalvacinę justifikacinę jurisprudenciją, todėl man nerūpi ginčytis dėl to, kaip Dworkinas nagrinėja šias interpretacines idėjas[15], išskyrus jo tei-

[10] *TRS* 66.

[11] LE 65–66.

* Dworkinas vartoja terminą *preinterpretive*.

[12] Tačiau Dworkinas perspėja, kad tokios preinterpretacinės teisės identifikavimas pats gali būti susijęs su interpretavimu. Žr. *LE* 66.

[13] *LE* 117.

[14] *LE* 94.

[15] Tačiau atkreipkite dėmesį, kad kai kurie kritikai, pavyzdžiui, Michaelas Moore'as savo straipsnyje „Šiuolaikinės teorijos posūkis į inter-

ginį, jog tokią pozityvistinę teisės teoriją, kuri pateikiama šioje knygoje, galima aiškiai suformuluoti iš naujo kaip tokią interpretacinę teoriją. Mano akimis, šis teiginys yra klaidingas; toliau aš išdėstysiu motyvus, kodėl prieštarauju bandymui pateikti mano teorijos interpretacinę versiją.

Tačiau Dworkinas savo knygose atmeta bendrą ir deskriptyvią teisės teoriją kaip klaidinančią arba geriausiu atveju tiesiog bevertę. Pasak jo, „naudingos teisės teorijos interpretuoja praktikos istorinės raidos pakopą“[16], o anksčiau jis yra rašęs, jog „lėkštas aprašymo ir vertinimo atribojimas“ esą „susilpninęs teisės teoriją“[17].

Man sunku suprasti tikruosius Dworkino motyvus, dėl kurių jis atmeta deskriptyviąją teisės teoriją, arba „jurisprudenciją“, kaip jis ją dažnai vadina. Atrodo, kad jo pagrindinis kontrargumentas yra toks: teisės teorija turi atsižvelgti į vidinę teisės perspektyvą, t.y. į teisinės sistemos dalyvio arba saviškio požiūrį, o deskriptyvioji teorija, kuri remiasi ne dalyvio, bet išorinio stebėtojo požiūriu, jokio adekvataus šios vidinės perspektyvos įvertinimo negali pasiūlyti[18]. Tačiau toje deskriptyviosios jurisprudencijos schemoje, kuri siūloma mano knygoje, faktiškai nėra nieko, kas sistemoje nedalyvaujančiam išoriniam stebėtojui neleistų apibūdinti, kaip sistemos dalyviai žiūri į teisę, vadovaudamiesi minėtuoju vidiniu požiūriu. Antai šioje knygoje aš gana plačiai paaiškinau, kad sistemos dalyviai parodo savo vidinį požiū-

pretaciją: bloga lemiantis posūkis?“ („The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?“, 41 *Stanford Law Review*, 871 (1989), p. 947–8), pripažindamas, jog teisinė praktika Dworkino nurodytąja prasme yra interpretacinė, neigia, kad interpretacinė gali būti teisės teorija.

[16] *LE* 102; plg.: „Bendrosios teisės teorijos mums yra bendrosios mūsų pačių teismų praktikos interpretacijos“, *LE* 410.

[17] *AMP* 148; plg.: „Teisės teorijų negalima prasmingai suvokti kaip <...> neutralių samprotavimų apie socialinę praktiką“ („A Reply by Ronald Dworkin“, Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (1983) [toliau cituojamas kaip *RDCJ*], p. 254).

[18] [Žr. *LE* 13–14.]

rį, akceptuodami teisę kaip suteikiančią jiems elgesio orientyrus ir tuos kriterijus, kuriais remdamiesi jie ją kritikuoja. Žinoma, deskriptyviosios teisės teorijos atstovas pats neakceptuoja teisės tais pačiais būdais, kaip kiti sistemos dalyviai, bet jis gali ir turi aprašyti tokį teisės akceptavimą – tiesą sakant, tai aš ir bandžiau padaryti šioje knygoje. Tačiau, žinoma, norėdamas tai padaryti, deskriptyviosios teisės teorijos atstovas turi *suprasti,* ką reiškia vadovautis šiuo vidiniu požiūriu, ir šia – tik šia – prasme jis turi sugebėti įsivaizduoti save sistemos dalyvio vietoje; bet tai nėra nei teisės akceptavimas, nei dalyvio vidinio požiūrio priėmimas arba palaikymas, nei koks nors kitoks deskriptyvios pozicijos atsisakymas.

Atrodo, kad Dworkinas, kritikuodamas deskriptyviąją jurisprudenciją, bando atmesti šią akivaizdžią galimybę išoriniam stebėtojui šiuo deskriptyviu būdu atsižvelgti į dalyvio vidinį požiūrį, nes jis, kaip minėjau, identifikuoja jurisprudenciją kaip „bylų sprendimo bendrąją dalį", o tai tolygu jurisprudencijos arba teisės teorijos traktavimui kaip sistemos teisinės dalies, regimos jos dalyvių teisėjų vidiniu požiūriu. Tačiau deskriptyviosios teisės teorijos atstovas gali suprasti ir aprašyti sistemos dalyvio vidinį požiūrį į teisę jo neakceptuodamas ir pats juo nesivadovaudamas. Net jeigu (kaip įrodinėjo Neilas MacCormickas[19]* ir daugelis kitų kritikų) sistemos dalyvio vidinis požiūris, kurį liudija tai, kad teisė yra akceptuojama kaip teikianti elgesio orientyrus ir kritikos kriterijus, būtinai apima tikėjimą, jog yra tam tikrų *moralinių* motyvų elgtis pagal teisės reikalavimus ir *mora-*

[19] [Žr. *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), 63–4, 139–40.]

* *Profesorius Neilas MacCormickas*, buvęs Škotijos Edinburgo universiteto Teisės fakulteto dekanas, yra vienas iš žymiausių Harto teorijos populiarintojų. Greta kitų jo darbų, paminėtini veikalai *Teisinis argumentavimas ir teisės teorija* (*Legal Reasoning and Legal Theory.* – Oxford: Clarendon Pres, 1978) ir *H. L. A. Hartas* (*H. L. A. Hart.* – Stanford: Stanford University Press, 1981).

linis teise grindžiamos prievartos naudojimo pateisinimas, šitai moralės požiūriu neutrali deskriptyvioji jurisprudencija taip pat turėtų aprašyti, bet ne palaikyti arba perimti.

Tačiau, atsakydamas į mano pareikštą mintį, kad minėtieji iš dalies su vertinimais susiję Dworkino „interpretaciniais" vadinami klausimai yra ne vieninteliai klausimai, kuriuos turėtų nagrinėti jurisprudencija ir teisės teorija, ir kad bendrai ir deskriptyviai jurisprudencijai čia tenka svarbi vieta, Dworkinas sutinka, jog taip ir yra, ir paaiškina, jog tokius jo pastebėjimus, kaip „jurisprudencija yra bylų sprendimo bendroji dalis", reikia sušvelninti, nes, kaip jis dabar sako, jie yra „teisingi" tik „jurisprudencijos, sprendžiančios prasmingus klausimus, atžvilgiu"[20]. Tai yra svarbi ir sveikintina iš pažiūros ekstravagantiško ir iš tiesų, paties Dworkino žodžiais tariant, „imperialistinio" teiginio, jog vienintelė tikra teisės teorijos forma yra interpretacinė ir evalvacinė teisės teorija, pataisa.

Vis dėlto, nors Dworkinas ir atsisako minėtojo akivaizdžiai imperialistinio teiginio, tolesnių perspėjamųjų žodžių, kuriais jis šį savo atsisakymą palydi, potekstė mane ir dabar labai glumina: „Bet reikia pabrėžti – kiek šis [prasmingumo] klausimas persmelkia tas problemas, kurias daugiausiai nagrinėja bendrosios teorijos, kaip antai Harto"[21]. Šio perspėjimo tikslas yra neaiškus. Mano nagrinėtos problemos (žr. sąrašą p. 374) apima tokius klausimus, kaip teisės santykis su prievartiniais įsakymais, o kita vertus, su moralės reikalavimais, todėl Dworkinas perspėdamas, atrodo, norėjo pasakyti štai ką: svarstant tokias problemas, netgi deskriptyviosios teisės teorijos atstovui teks susidurti su tokiais su teisės nuostatų prasme arba reikšme susijusiais

[20] R. M. Dworkin, „Legal Theory and the Problem of Sense", in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart* (1987), p. 19.

[21] Ibid.

klausimais, į kuriuos gali patenkinamai atsakyti tik interpretacinė ir iš dalies evalvacinė teisės teorija. Jeigu tikrai būtų taip, norėdamas nustatyti kurios nors konkrečios teisės nuostatos prasmę, netgi deskriptyviosios teisės teorijos atstovas turėtų pateikti interpretacinį ir evalvacinį klausimą „Kokią reikšmę reikia suteikti šiai nuostatai, kad ji išplauktų iš geriausiai tinkančių jau susiklosčiusiai teisei ir geriausiai ją pateisinančių principų?“ ir į jį atsakyti. Bet net jeigu iš tiesų į mano paminėtuosius šio tipo klausimus atsakymo ieškantis bendrosios ir deskriptyviosios teisės teorijos atstovas turėtų nustatyti teisės nuostatų reikšmę daugybėje skirtingų teisinių sistemų, atrodo, nėra jokio pagrindo pritarti požiūriui, kad tai jis *turi* nustatyti, pateikdamas Dworkino interpretacinį ir evalvacinį klausimą. Be to, net jeigu visų teisės sistemų, į kurias bendrosios ir deskriptyviosios teisės teorijos atstovas turėjo atsižvelgti, teisėjai ir teisininkai patys šiuo interpretavimo ir iš dalies vertinimo būdu iš tikrųjų jau yra išsprendę minėtuosius reikšmės klausimus, tai bendrosios deskriptyviosios teorijos atstovas turėtų aprašyti kaip faktą, kuriuo vėliau būtų grindžiama jo bendroji deskriptyvioji išvada dėl tokių teisės nuostatų reikšmės. Žinoma, būtų didelė klaida manyti, kad dėl tokio šių išvadų pagrindimo jos pačios turi būti interpretacinės ir evalvacinės ir kad jas formuluojantis teoretikas nuo užduoties jas aprašyti persimetė prie užduoties jas interpretuoti ir vertinti. Aprašymas gali likti aprašymu net tada, kai tai, kas aprašoma, yra vertinimas.

2. Teisinio pozityvizmo esmė

(i) Pozityvizmas kaip semantinė teorija

Dworkinas mano knygą laiko veikalu, atstovaujančiu šiuolaikiniam teisiniam pozityvizmui, kuris nuo ankstesnių-

jų pozityvizmo atmainų, tokių kaip Benthamo ir Austino, iš esmės skiriasi tuo, jog atmeta jų imperatyvines teisės teorijas ir jų koncepciją, kad visa teisė kylanti iš teisiškai neribojamo suverenaus įstatymus leidžiančio asmens arba organo. Manojoje teisinio pozityvizmo versijoje Dworkinas aptinka daug skirtingų, bet tarp savęs susijusių klaidų. Pati fundamentaliausia iš šių klaidų yra pažiūra, kad tokių teisės nuostatų, kaip tos, kurios aprašo juridines teises ir teisines pareigas, teisingumas priklauso tik nuo to, kaip sprendžiami paprastų istorinių faktų, taip pat su individų įsitikinimais ir socialinėmis pažiūromis susijusių faktų klausimai[22]. Faktai, nuo kurių priklauso teisės nuostatų teisingumas, yra tai, ką Dworkinas vadina „teisės pagrindais"[23]; pasak jo, pozityvistas klaidingai mano, jog šiuos faktus fiksuoja kalbos normos, bendros ir teisėjams, ir advokatams, kontroliuojantiems žodžio „teisė" vartojimą, taigi ir jo prasmę, ir teiginiuose apie tai, kas yra konkrečios sistemos „teisė" konkrečiu klausimu, ir teiginiuose apie tai, kas yra „teisė" (t.y. teisė apskritai)[24]. Iš šios pozityvistinės pažiūros į teisę turėtų išplaukti išvada, jog vieninteliai nesutarimai, galintys kilti dėl teisės klausimų, yra tie, kurie susiję su tokių istorinių faktų buvimu arba nebuvimu; bet negali būti teorinių nesutarimų ar prieštaravimų dėl to, kas yra teisės „pagrindai".

Daug savo vaizdingos teisinio pozityvizmo kritikos puslapių Dworkinas skiria tam, kad parodytų, jog teorinis nesutarimas dėl teisės pagrindų, priešingai pozityvisto požiūriui, yra ryškiausias anglų ir amerikiečių teisinės praktikos bruožas. Prieštaraudamas požiūriui, kad šiuos pagrindus vienareikšmiškai fiksuoja ir teisėjams, ir advokatams bendros kalbos normos, Dworkinas įtikinėja, kad jos yra esmingai

[22] *LE* 6 ff.
[23] *LE* 4.
[24] *LE* 31 ff.

prieštaringos, nes apima ne tik istorinius faktus, bet labai dažnai ir prieštaringus moralinius bei vertybinius sprendimus.

Dworkinas pateikia du labai skirtingus paaiškinimus, kaip atsitiko, kad tokie pozityvistai kaip aš priėmė šį iš esmės klaidingą požiūrį. Pirmasis iš šių paaiškinimų yra toks: pozityvistai tiki, kad jeigu tai, kas yra teisės pagrindai, nebūtų vienareikšmiškai užfiksuota normų, bet būtų prieštaringas dalykas, leidžiantis laikytis skirtingų teorinių pozicijų, tada ir žodis „teisė" skirtingiems žmonėms *reikštų* skirtingus dalykus, o jį vartodami jie paprasčiausiai nesusišnekėtų ir kalbėtų ne apie tą patį dalyką. Šis pozityvistams primestas įsitikinimas, Dworkino akimis žiūrint, yra visiškai klaidingas; argumentą prieš prieštaringus teisės pagrindus, kuriais, kaip manoma, pozityvistas turi remtis, Dworkinas vadina „semantiniu geluoniu"[25], nes šis argumentas remiasi žodžio „teisė" reikšmės teorija. Taigi *Teisės imperijoje* jis užsimojo apibūdinti šį „semantinį geluonį".

Nors *Teisės imperijos* pirmajame skyriuje aš drauge su Austinu esu priskiriamas tai pačiai teoretikų semantikų kategorijai, vadinasi, esu laikomas vienu iš tų, kurie paprastais faktais paremtą pozityvistinę teoriją kildina iš žodžio „teisė" reikšmės ir todėl yra patyrę šio semantinio geluonio dūrį, tačiau iš tikrųjų nei mano knygoje, nei kituose mano rašiniuose nėra nieko, kuo galima būtų pagrįsti šitokį mano teorijos vertinimą. Antai gali būti klaidinga mano doktrina, jog susiformavusios municipalinės teisinės sistemos apima pripažinimo taisyklę, nustatančią kriterijus, pagal kuriuos identifikuojami įstatymai, kuriuos turi taikyti teismai, tačiau aš niekur negrindžiau šios doktrinos klaidinga idėja, jog žodžio „teisė" reikšmėje glūdi mintis, kad tokia pripažinimo taisyklė turi būti visose teisinėse sistemose, arba netgi dar klaidingesne idėja, jog jeigu teisės pagrindų identi-

[25] *LE* 45.

fikavimo kriterijai nebūtų vienareikšmiškai užfiksuoti, „teisė" skirtingiems žmonėms *reikštų* skirtingus dalykus.

Pastarasis man priskiriamas argumentas iš tiesų supainioja sąvokos *reikšmę* su jos taikymo *kriterijais;* aš jo toli gražu nepriėmiau, bet, aiškindamas teisingumo sąvoką, specialiai atkreipiau dėmesį (šios knygos p. 268–269) į tą faktą, kad nekintamą reikšmę turinčios sąvokos taikymo kriterijai gali kisti ar būti prieštaringi. Kad tai būtų aišku, aš nurodžiau iš esmės tą patį skirtumą tarp sąvokos ir skirtingų sąvokos koncepcijų, kaip ir tas, kuris taip iškiliai figūruoja vėlesniame Dworkino darbe[26].

Galiausiai Dworkinas įtikinėja, jog pozityvistas, tvirtinantis, esą jo teisės teorija yra ne semantinė teorija, bet deskriptyvus teisės apskritai kaip sudėtingo socialinio reiškinio skiriamųjų bruožų apibūdinimas, bando savo teoriją pristatyti kaip semantinės teorijos priešingybę, bet jokio skirtumo iš tikrųjų čia nesą, tai esąs tik klaidinimas*. Dworkino argumentas[27] yra toks: kadangi vienas iš skiriamųjų teisės kaip socialinio reiškinio bruožų yra tai, kad teisininkai diskutuoja dėl teisės nuostatų tikrumo ir „aiškina" tai remdamiesi tokių nuostatų reikšme, tokia deskriptyvi teorija galų gale negali nebūti semantinė[28]. Man atrodo, kad šis argumentas supainioja „teisės" reikšmę su teisės nuostatų reikšme. Dworkinas sako, kad semantinė teisės teorija yra tokia teorija, kurioje pati žodžio „teisė" reikšmė padaro teisę priklausomą nuo tam tikrų specifinių kriterijų. Bet teisės nuostatos paprastai yra teiginiai ne apie tai, kas yra

[26] Apie šį skirtumą žr. John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), pp. 5–6, 10. [Skirdamas teisingumo savoką nuo teisingumo koncepcijų, Rawlsas pareiškia: „Čia aš seku H. L. A Hartu, jo *Teisės samprata,* pp. 155–159". Žr. *A Theory of Justice*, p. 5, n. 1.]

* Dworkinas rašo, kad „ši priešingybė savaime yra nesusipratimas" (R. Dworkin. *Law's Empire.* – Cambridge: Harvard University Press, 1986. – P. 418).

[27] *LE* 418–19, n. 29.

[28] Žr. *LE* 31–3.

„teisė“, bet apie tai, kas yra *ši teisė,* t.y. ką tam tikros sistemos teisė leidžia žmonėms daryti arba reikalauja, kad jie darytų, arba įgalina juos daryti. Tad net jeigu tokių teisės nuostatų reikšmę ir lemia jų apibrėžimai arba tikrumo sąlygos, tai neskatina daryti išvados, kad pati žodžio „teisė“ reikšmė padaro teisę priklausomą nuo tam tikrų specifinių kriterijų. Taip būtų tik tokiu atveju, jeigu iš žodžio „teisė“ reikšmės būtų kildinami ir šie sistemos pripažinimo taisyklės formuluojami kriterijai, ir tokios pripažinimo taisyklės poreikis. Bet šitokios doktrinos mano darbe nėra nė pėdsako[29].

Dworkinas manąją teisinio pozityvizmo formą neteisingai traktuoja dar vienu požiūriu. Manąją pripažinimo taisyklės doktriną jis traktuoja kaip reikalaujančią, kad jos nustatomi teisės identifikavimo kriterijai būtų tik istoriniai faktai, taigi pateikia ją kaip „akivaizdžių faktų pozityvizmo“[30] pavyzdį. Tačiau nors mano pateikti svarbiausieji pripažinimo taisyklės nustatytų kriterijų pavyzdžiai yra tai, ką Dworkinas vadina „genealogija“[31], aš, kalbėdamas tik apie tą būdą, kuriuo teisinės institucijos priima arba kuria įstatymus, bet ne apie jų turinį, ir šioje knygoje (p. 147), ir savo ankstesniame straipsnyje „Pozityvizmas ir teisės bei moralės atribojimas“ („Positivism and the Separation of Law and Morals“)[32] specialiai pažymėjau, jog kai kuriose teisinėse sistemose, kaip antai Jungtinėse Valstijose, svarbiausieji teisinio galiojimo kriterijai, be genealogijos, gali aiškiai apimti teisingumo principus arba esmines moralines vertybes, o šie gali formuoti teisinių konstitucinių apribojimų turinį. *Teisės imperijoje* primesdamas man „akivaizdžių

[29] Žr. šios knygos p. 334–335, kur aš atmetu bet kokią tokią doktriną.

[30] [Ši frazė yra Harto, o *LE* jos nėra.]

[31] *TRS* 17.

[32] 71 *Harvard Law Review,* 598 (1958), perspaudintas mano knygoje *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (žr. ypač pp. 54–5).

faktų“ pozityvizmą, Dworkinas ignoruoja šį mano teorijos aspektą. Taigi, atvirai sakant, jo man priskiriamas „semantinis“ akivaizdžių faktų pozityvizmo variantas man nebūdingas, ir man nebūdinga jokia kita akivaizdžių faktų pozityvizmo forma.

(ii) Pozityvizmas kaip interpretacinė teorija

Pateikdamas kitą akivaizdžių faktų pozityvizmo apibūdinimą, Dworkinas nebetraktuoja jo kaip semantinės teorijos arba kaip teorijos, grindžiamos lingvistiniais argumentais, bet bando jį rekonstruoti jau kaip paties Dworkino interpretacinės teorijos atmainą, kurią jis vadina „konvencionalizmu“. Pasak šios teorijos (kurią Dworkinas galiausiai atmeta kaip ydingą), interpretacinės teorijos atstovu apsimetęs pozityvistas yra pasirengęs parodyti teisę pačioje palankiausioje šviesoje, tačiau jis pateikia tokius teisės kriterijus, kurie yra tiesiog paprasti faktai, vienareikšmiškai fiksuojami ne teisės žodyno, kaip yra semantiniame pozityvizmo variante, bet konvencijos, kuria vadovaujasi ir teisėjai, ir teisininkai. Tokia teorija parodo teisę jai palankioje šviesoje, nes vaizduoja teisę užtikrinant tai, kas teisės subjektams turi didžiulę vertę: būtent tai, kad teisinės prievartos taikymo atvejai tampa priklausomi nuo visiems prieinamų akivaizdžių faktų, todėl dar prieš panaudojant prievartą kiekvienas bus tinkamai įspėtas. Tai Dworkinas vadina „ginamų lūkesčių idealu“[33], bet mano, kad jo nuopelnai galiausiai nepersveria jo įvairiausių trūkumų.

Tačiau toks interpretacinis pozityvizmo kaip konvencionalizmo traktavimas negali būti įtikinamai pateiktas kaip manosios teisės teorijos variantas arba jos rekonstrukcija. Taip yra dėl dviejų priežasčių. Pirma, kaip jau buvo pažy-

[33] *LE* 117.

mėta, mano teorija nėra akivaizdžių faktų pozityvizmo teorija, nes teisės kriterijais ji laiko ne tik „akivaizdžius" faktus, bet ir vertybes. Tačiau svarbesnė yra antroji priežastis: visos Dworkino interpretacinės teisės teorijos formos remiasi prielaida, jog teisės ir teisinės praktikos prasmė arba tikslas yra pateisinti prievartą[34], bet aš tikrai nesilaikau ir niekuomet nesilaikiau pažiūros, kad tai yra teisės prasmė arba tikslas. Kaip ir kitos pozityvizmo formos, mano teorija nepretenduoja identifikuoti teisės ir teisinės praktikos prasmę ar tikslą kaip tokį; todėl mano teorijoje nėra nieko, kuo būtų galima pagrįsti Dworkino pažiūrą, kad teisės tikslas yra pateisinti prievartą; aš šiai pažiūrai tikrai nepritariu. Aš iš tikrųjų manau, jog beviltiška ieškoti kokio nors specifinio teisės tikslo, išskyrus tą, kad ji nustato žmonių elgesio orientyrus bei tokio elgesio kritikos kriterijus. Bet tai, žinoma, nepadės atskirti įstatymų nuo kitų tuos pačius bendruosius tikslus turinčių normų arba principų; skiriamieji teisės bruožai yra jos antrinių normų formuluojama nuostata dėl jos standartų identifikavimo, keitimo ir prievartinio taikymo ir bendras reikalavimas teikti jai pirmenybę prieš kitus standartus. Bet net jeigu manoji teorija visiškai išpažintų akivaizdžių faktų pozityvizmą konvencionalizmo, ginančio lūkesčius ir garantuojančio, jog visi gali būti iš anksto perspėti apie teisinės prievartos panaudojimo atvejus, pavidalu, tai tik parodytų, kad aš tai laikau tik tam tikru teisės moraliniu pranašumu, o ne tuo vieninteliu tikslu, kurio teisė kaip tokia turi siekti. Kadangi galimybė taikyti teisinę prievartą dažniausiai atsiranda tuomet, kai pažeidžiama pirminė teisės funkcija orientuoti jos subjektų elgesį, teisinė prievarta yra antrinė funkcija, nors ji, žinoma, reikšminga. Jos pateisinimo negalima racionaliai laikyti teisės kaip tokios prasme arba tikslu.

[34] [*LE* 93.]

Motyvai, paskatinę Dworkiną rekonstruoti manąją teisės teoriją kaip konvencionalistinę interpretacinę teoriją, teigiančią, jog teisinė prievarta yra pateisinama tik tada, „kai ji atitinka konvencionalias sampratas“[35], remiasi šios knygos V skyriaus 3-iame skirsnyje mano pateiktu teisės elementų apibūdinimu. Ten aš antrines normas – pripažinimo, keitimo ir bylų sprendimo taisykles vaizduoju kaip priemones, kompensuojančias įsivaizduojamojo paprasto, tik pirmines prievoles nustatančias normas turinčio režimo trūkumus. Šie trūkumai – tai normų tapatumo *neapibrėžtumas,* jų *statiškas* pobūdis, taip pat išskydusio socialinio spaudimo, vienintelės normų prievartinio įgyvendinimo priemonės, *neefektyvumas*, atimantis daug laiko. Bet apibūdindamas šias antrines normas kaip priemones, padedančias išvengti minėtųjų trūkumų, aš niekur netvirtinau, kad teisinė prievarta yra *pateisinama* tik tada, kai ji atitinka šias normas, ir juo labiau kad tokio pateisinimo suteikimas yra bendroji teisės esmė arba jos bendrasis tikslas. Išties aptardamas antrines normas aš kalbėjau apie prievartą tik ta prasme, jog nurodžiau, kad palikti prievartinį normų įgyvendinimą ne organizuotoms teismų administruojamoms sankcijoms, bet išskydusiam socialiniam spaudimui yra *neefektyvu* ir atima daug laiko. Tačiau, atvirai kalbant, neefektyvumo kompensavimas dar nėra pateisinimas.

Žinoma, pirminių prievoles nustatančių normų režimo papildymas antrine pripažinimo taisykle iš tiesų padės pateisinti prievartos naudojimą ta prasme, kad taip bus pašalintas vienas moralinis kontrargumentas prieš prievartos naudojimą, nes individams paprastai bus suteikiama galimybė iš anksto identifikuoti įprastus prievartos taikymo atvejus. Bet tai, kad pripažinimo taisyklė užtikrina teisės reikalavimų apibrėžtumą ir šių reikalavimų žinojimą iš anksto, yra svarbu ne tik tuomet, kai sprendžiamas prievartos klausi-

[35] *LE* 429 n. 3.

mas: tai turi lygiai tokią pat lemiamą reikšmę protingo teisinių galių realizavimo (pavyzdžiui, testamentų arba sutarčių sudarymo) požiūriu ir apskritai privataus ir viešojo gyvenimo racionalaus planavimo požiūriu. Todėl prievartos pateisinimo, prie kurio prisideda ir pripažinimo taisyklė, negalima laikyti jos bendrąja esme arba bendruoju tikslu; juo labiau tai negali būti teisės kaip visumos bendroji esmė arba bendrasis tikslas. Bet mano teorija jokiu būdu tokios galimybės neperša.

*(iii) Švelnusis pozityvizmas**

Priskirdamas man „akivaizdžių faktų pozityvizmo" doktriną, Dworkinas klaidingai traktavo mano teoriją: esą ji ne tik reikalauja (kaip iš tiesų ir yra), jog pripažinimo taisyklės buvimas ir autoritetas priklausytų nuo to fakto, kad ją akceptuoja teismai, bet taip pat reikalauja (taip iš tiesų nėra), kad šios normos nustatomi teisinio galiojimo kriterijai būtų išimtinai specifiniai akivaizdūs faktai, kuriuos Dworkinas vadina „genealogijos" dalykais ir kurie yra susiję su teisėdaros arba teisės aktų priėmimo būdais ir formomis. Ši nuomonė dvejopai klaidinga. Pirma, ji ignoruoja tai, kad aš aiškiai pripažinau, jog pripažinimo taisyklė kaip teisinio galiojimo kriterijus gali apimti moralės principų arba esminių vertybių atitikimą; taigi manoji doktrina yra tai, kas vadinama „švelniuoju pozityvizmu" o ne „akivaizdžių faktų" pozityvizmu, kaip ją vadina Dworkinas. Antra, mano knygoje jokiu būdu neteigiama, kad pripažinimo taisyklės nustatytieji akivaizdžių faktų kriterijai turi būti vien tik genealogijos dalykai; anaiptol, tokiais kriterijais gali būti ir įstatymų turinio esminiai apribojimai, tokie kaip Jungtinių Valstijų Konstitucijos Šešioliktoji arba Devynioliktoji patai-

* Originale – *soft positivism*.

sos dėl valstybinės religijos arba balsavimo teisės apribojimų*.

Tačiau toks atsakymas dar nėra atsakymas į svarbiausiuosius Dworkino kritinius argumentus, nes, atsakydamas kitiems tam tikrą švelniojo pozityvizmo formą pasirinkusiems teoretikams[36], Dworkinas pareiškė svarbių kritinių pastabų, kurios, jeigu būtų teisingos, turėtų būti taikomos ir mano teorijai, todėl į jas čia reikia atsakyti.

Fundamentaliausias Dworkino kritinis argumentas yra toks: švelnusis pozityvizmas, leidžiantis, kad teisės identifikavimas priklausytų nuo tokių prieštaringų dalykų, kaip moralinių arba kitokių vertybinių sprendimų atitikimas, ir bendrasis pozityvistinis teisės „paveikslas", iš esmės siekiantis pateikti patikimus viešuosius elgesio modelius, kuriuos būtų galima identifikuoti kaip akivaizdžius faktus – tiksliai ir nepriklausomai nuo prieštaringų argumentų, yra visiškai nesuderinami[37]. Norėdamas nustatyti tokį švelniojo pozityvizmo ir kitos mano teorijos dalies nesuderinamumą, Dworkinas cituoja mano požiūrį į pripažinimo taisyklę, kuris, jo manymu, greta kitų trūkumų, pašalina ir įsivaizduojamojo ikiteisinio papročių tipo pirminių prievolės nustatančių normų režimo neapibrėžtumą.

Ši švelniojo pozityvizmo kritika man atrodo dvejopai perdėta: ji hiperbolizuoja ir apibrėžtumo laipsnį, kurį nuosek-

* Čia tikriausiai spaudos klaida: JAV Konstitucijos Šešioliktoji pataisa kalba apie Kongreso teisių nustatant mokesčius išplėtimą, o ne apie draudimą įvesti valstybinę religiją. Hartas tikriausiai turėjo galvoje Pirmąją pataisą, kurioje yra vadinamoji „klauzulė (arba išlyga) dėl valstybinės religijos įvedimo" *(Establishment Clause)*, pagal kurią Kongresas *inter alia* „negali priimti jokio įstatymo, įvedančio [valstybinę] religiją arba draudžiančio ją laisvai išpažinti". JAV Konstitucijos Devynioliktoji pataisa draudžia piliečių teisę balsuoti apriboti pagal lytį – ja 1920 m. federaliniu lygiu buvo galutinai suteikta balsavimo teisė moterims (valstijų lygiu tai buvo padaryta daug anksčiau).

[36] Žr. jo atsakymus E. P. Soperui ir J. L. Colemanui, *RDCJ* 247 ff. ir 252 ff.

[37] *RDCJ* 248.

lus pozityvistas turėtų priskirti teisinių standartų visumai, ir neapibrėžtumą, atsirandantį tada, kai tam tikrų moralės principų arba vertybių atitikimas imamas laikyti teisinio galiojimo kriterijumi. Žinoma, iš tiesų svarbi pripažinimo taisyklės funkcija yra suteikti apibrėžtumą, reikalingą nustatant teisę. Jeigu pripažinimo taisyklės nustatytieji teisės kriterijai ne tik kai kada keltų prieštaringus klausimus, bet keltų juos visuomet arba daugeliu atvejų, pripažinimo taisyklė šios savo funkcijos neatliktų. Tačiau atmesti bet kokio neapibrėžtumo galimybę – bet kokia kaina, bet kurių kitų vertybių sąskaita – nėra tas tikslas, kurį aš kada nors kėliau pripažinimo taisyklei. Tai buvo atvirai – bent aš taip tikėjausi – pasakyta šioje knygoje pareiškiant, kad ir pati pripažinimo taisyklė, ir ja remiantis identifikuojamos konkrečios teisės normos gali turėti ginčytiną neapibrėžtumo „aureolę“[38]. Aš taip pat pateikiau tokį bendro pobūdžio argumentą: net jeigu įstatymus būtų galima sukonstruoti taip, kad iš anksto būtų galima išspręsti visus dėl jų reikšmės galinčius kilti klausimus, priimti tokius įstatymus dažnai reikštų konfliktuoti su kitais tikslais, kuriuos teisė turėtų puoselėti[39]. Neapibrėžtumo saiką reikia toleruoti, o daugelio teisės normų atveju – netgi sveikinti, nes, kai žinomas nenumatytos bylos turinys o tie klausimai, kuriems reikšmingai atsilieps sprendimas, gali būti identifikuoti, vadinasi, ir racionaliai išspręsti, gali būti priimtas pagrįstas teismo sprendimas. Šią švelniojo pozityvizmo formą, vienu iš teisės kriterijų pripažįstančią galinčių būti prieštaringų moralės principų arba moralinių vertybių atitikimą, galėtume laikyti neadekvačia tik tuo atveju, jeigu pripažinimo taisyklės funkciją suteikti apibrėžtumą traktuotume kaip svarbiausiąją ir nusveriančią kitas. Čia kertinis klausimas yra sietinas su

[38] [Žr. šios knygos p. 218, 251–260.]
[39] [Žr. šios knygos p. 226.]

tuo neapibrėžtumo laipsniu arba mastu, kurį gali toleruoti teisinė sistema, siekianti nuo decentralizuoto papročių tipo normų režimo pereiti prie visuotinių patikimų ir apibrėžtų iš anksto identifikuojamo elgesio orientyrų.

Kitas Dworkino kritinis argumentas prieš manąjį švelniojo pozityvizmo variantą kelia kitokias, sudėtingesnes teisės apibrėžtumo ir užbaigtumo problemas. Šioje knygoje aš plėtojau pažiūrą, kad pagal pripažinimo taisyklės nustatytus kriterijus bendrais bruožais identifikuojamos teisės normos bei principai dažnai pasižymi tuo, ką aš paprastai vadinu „atvirąja struktūra", todėl iškilus klausimui, ar konkrečią normą reikėtų taikyti tam tikroje byloje, teisė nesugeba į šį klausimą konkrečiai atsakyti nei taip, nei ne ir įrodo iš dalies esanti neapibrėžta. Šitokios bylos nėra „sunkiosios bylos"*, prieštaringos ta prasme, kad racionalūs ir informuoti teisininkai gali nesutarti dėl to, kuris iš atsakymų teisės požiūriu yra teisingas; tokiais atvejais fundamentaliai *neužbaigta* yra pati teisė: ji nepateikia jokio atsakymo į tokiose bylose sprendžiamus klausimus. Šie klausimai yra teisiškai nesureguliuoti, todėl tam, kad tokiais atvejais būtų galima priimti sprendimą, teismai turi realizuoti ribotą teisėdaros funkciją, kurią aš vadinu „diskrecija". Tačiau Dworkinas atmeta idėją, kad teisė gali būti minėtąja prasme neužbaigta ir kad joje gali likti spragų, kurios turėtų būti užpildomos reguliuojant minėtąją teisės kūrimo diskreciją. Jis mano, jog ši pažiūra yra klaidinga išvada iš to fakto, kad juridinės teisės arba teisinės pareigos egzistavimą teigianti teisės nuostata gali būti prieštaringa, vadinasi, dėl jos racionalūs ir informuoti žmonės gali nesutarti, o tuomet, kai jie iš tiesų nesutaria, dažnai nėra

* Užuomina į Dworkino koncepcijoje vartojamą *sunkiųjų bylų (hard cases)* savoką; Dworkinas priekaištauja Hartui (ir teisiniam pozityvizmui apskritai), esą jis „sunkias bylas" paliekąs teisėjo nuožiūrai, arba diskrecijai *(discretion)*, t.y. šalia teisės (žr. R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. – Cambridge: Harvard University Press, 1977. – P. 81 ff.).

jokio būdo neginčijamai parodyti, ar tai, ką jie sako, yra teisinga, ar neteisinga. Tokia išvada yra klaidinga, nes netgi tuomet, kai teisės nuostata yra tokia prieštaringa, vis dėlto gali būti „dalyko faktų", dėl kurių tai, ką šie žmonės sako, ir yra teisinga arba klaidinga; nors šių dalykų teisingumo arba klaidingumo negalima pademonstruoti, tačiau pačius argumentus, jog tai yra teisinga, vis tiek galima įvertinti kaip geresnius už argumentus, jog tai yra klaidinga, ir atvirkščiai. Šis skirtumas tarp prieštaringos teisės ir neužbaigtos arba neapibrėžtos teisės Dworkino interpretacinėje teorijoje yra gana svarbus dalykas, nes pagal šią teoriją teisės nuostata yra teisinga tik tuo atveju, jeigu drauge su kitomis prielaidomis ji išplaukia iš principų, kurie ne tik geriausiai atitinka teisinės sistemos institucinę istoriją, bet geriausiai ją pateisina moralės požiūriu. Vadinasi, Dworkino požiūriu, bet kokios teisės nuostatos teisingumas galiausiai priklauso nuo moralinio sprendimo, kas geriausiai ją pateisina, teisingumo, o kadangi, jo akimis žiūrint, moraliniai sprendimai yra iš esmės prieštaringi, tai prieštaringos yra ir visos teisės nuostatos.

Teisinio galiojimo kriterijaus, kurio taikymas yra susijęs su prieštaringu moraliniu sprendimu, idėja Dworkinui nesukelia jokių teorinių sunkumų; jo požiūriu, tai vis tiek gali būti tikrasis iki tol egzistavusios teisės kriterijus, nes jo prieštaringas pobūdis kuo puikiausiai dera su faktais (dažniausiai moralės faktais), dėl kurių jis yra teisingas.

Tačiau Dworkinas įtikinėja, jog švelnusis pozityvizmas, sutinkantis, kad teisinio galiojimo kriterijus gali iš dalies būti moralinis kriterijus, be to nenuoseklumo, apie kurį jau rašėme p. 389–391, yra nenuoseklus dar ir kitu požiūriu. Juk jis nesuderinamas ne tik su pozityvistiniu vienareikšmiškai identifikuojamos teisės „paveikslu", bet ir su tuo noru, kurį Dworkinas priskiria pozityvistams, – noru „ob-

jektyvų teisės nuostatų svorį“[40] padaryti nepriklausomą nuo kokių nors įsipareigojimų prieštaringai moralinių sprendimų statusą apibūdinančiai filosofijos teorijai. Iki tol egzistavusiai teisei moralinį kriterijų galima taikyti tik tuo atveju, jeigu yra objektyvių moralinių faktų, dėl kurių moraliniai sprendimai yra teisingi. Bet kad yra tokių moralės faktų, tai yra prieštaringa filosofijos teorija; jeigu tokių faktų nėra, teisėjas, kuriam liepta taikyti moralinį kriterijų, gali tokį liepimą traktuoti tik kaip raginimą realizuoti savo paties teisėdaros diskreciją, vadovaujantis savo paties geriausiuoju moralės ir jos reikalavimų supratimu ir paklūstant visiems tiems apribojimams, kuriuos jam nustato teisinė sistema.

Aš vis dar manau, kad teisės teorija turėtų vengti įsipareigoti bendrąjį moralinių sprendimų statusą apibūdinančioms prieštaringoms filosofijos teorijoms, o bendrą klausimą, ar šiems moraliniams sprendimams būdinga tai, ką Dworkinas vadina „objektyviu svoriu“, turėtų palikti atvirą, kaip aš darau šioje knygoje (p. 279–280). Juk kad ir koks būtų atsakymas į šį filosofinį klausimą, teisėjo pareiga vis tiek bus ta pati: būtent priimti geriausią įmanomą moralinį sprendimą dėl kiekvienos moralinės problemos, kurią jam gali tekti spręsti. Jokiam praktiniam tikslui neturės jokios reikšmės tai, ar taip spręsdamas bylas teisėjas *kuria* teisę, vadovaudamasis morale (ir paklusdamas visiems tiems suvaržymams, kuriuos jam nustato teisė), ar jis savo ruožtu vadovaujasi savo paties moraliniais sprendimais dėl to, kokia jau *egzistuojanti* teisė buvo atskleista moralinio teisės kriterijaus. Žinoma, jeigu, kaip aš tvirtinu turint būti, teisės teorija moralinių sprendimų objektyvaus teisnumo klausimą palieka atvirą, tada ir švelniojo pozityvizmo negalima paprastai apibūdinti kaip teorijos, teigiančios, kad moralės

[40] *RDCJ* 250.

principai arba moralinės vertybės gali būti teisinio galiojimo kriterijai, nes jeigu klausimas, ar moralės principams ir moralinėms vertybėms būdingas objektyvus svoris, yra atviras, tai turi būti atviras ir klausimas, ar „švelniojo pozityvizmo" nuostatos, siekiančios paklusimą joms laikyti vienu iš egzistuojančios teisės kriterijų, gali tokios būti, ar jos gali būti tik nurodymai teismams *kurti* teisę vadovaujantis moralės reikalavimais.

Reikia pažymėti, jog kai kurie teoretikai, ir pirmiausia Razas*, mano, kad, nesvarbu koks yra moralinių sprendimų statusas, jeigu teisė reikalauja, jog teismai nustatydami teisę taikytų moralinius kriterijus, ji šitokiu būdu suteikia teismams diskreciją ir nurodo jiems ja naudotis, vadovaujantis geriausiais savo moraliniais sprendimais, ir kurti tai, kas yra nauja teisė; tačiau tai moralės nepaverčia iki tol egzistavusia teise[41].

3. Normų esmė

(i) Normų praktikos teorija

Įvairiose šios knygos vietose aš pabrėždavau skirtumą tarp vidinių ir išorinių teiginių ir tarp vidinių ir išorinių teisės aspektų.

Norėdamas paaiškinti šiuos skirtumus ir jų svarbą, aš pradėjau (p. 125) nagrinėti ne sudėtingą teisinę sistemą,

* *Dr. Josephas Razas* – Harto mokinys ir jo teorijos tęsėjas, Jeruzalės Hebrajų universiteto, vėliau Oksfordo universiteto teisės dėstytojas. Jo žymiausi veikalai: *Teisinės sistemos samprata* (*The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System.* – Oxford: Clarendon Press, 1970), *Teisės autoritetas* (*The Authority of Law. Essays on Law and Morality.* – Oxford: Clarendon Press, 1979) ir *Laisvės moralė* (*The Morality of Freedom.* – Oxford: Clarendon Press, 1986).

[41] Žr. J. Raz, „Dworkin: A New Link in the Chain", 74 *California Law Review*, 1103 (1986), p. 1115–16.

kurią sudaro ir išleistų aktų nustatytos, ir papročio tipo normos, bet paprastesnį atvejį (kuriuo galioja tie patys skirtumai tarp vidinių ir išorinių dalykų) – bet kokios socialinės grupės, didelės ar mažos, papročio tipo normas, kurias aš vadinu „socialinėmis normomis“. Mano pateiktas šių normų apibūdinimas tapo žinomas kaip normų „praktikos teorija“, nes čia grupės socialinės normos traktuojamos kaip tokios, kurias suformuoja tam tikra socialinės praktikos forma, apimanti ir elgesio modelius, kurių paprastai laikosi dauguma grupės narių, ir ypatingą normatyvinį požiūrį į tokius elgesio modelius, kurį aš vadinu akceptavimu. Šis akceptavimas apima individų nuolatinį pasirengimą tokius elgesio modelius laikyti ir savo pačių būsimo elgesio orientyrais, ir kritikos, legitimuojančios reikalavimus bei įvairias spaudimo paklusti formas, kriterijais. Išorinis požiūris į socialines normas yra jų praktikos stebėtojo požiūris, o vidinis požiūris – tai normas kaip elgesio orientyrus ir kritikos kriterijus akceptuojančio šios praktikos dalyvio požiūris.

Dworkinas plačiai kritikavo manąją socialinių normų praktikos teoriją; jis, kaip aš jau minėjau, nurodo panašų, bet daugeliu aspektų visiškai kitokį skirtumą tarp sociologo pateikiamo bendruomenės socialinių normų išorinio aprašymo ir į normas apeliuojančio dalyvio, siekiančio įvertinti ir kritikuoti savo paties ir kitų elgesį, vidinio požiūrio[42]. Kai kurios Dworkino kritinės pastabos mano pateikto originalaus socialinių normų apibūdinimo atžvilgiu yra tikrai logiškos ir svarbios teisės suvokimo prasme; toliau aš nurodau reikšmingas mano pradinės pozicijos korektyvas, kurias aš dabar manau esant būtinas.

(i) Mano pozicija, kaip nurodė Dworkinas, yra ydinga ta prasme, kad ji ignoruoja svarbų skirtumą tarp grupės konvencionalių normų demonstruojamo *konvencijos* konsensu-

[42] [Žr. *LE* 13–14.]

so ir nepriklausomų *įsitikinimų* konsensuso, kurį parodo vienoda grupės narių praktika. Normos yra konvencionali socialinė praktika, jeigu visuotinis jų laikymasis grupėje yra vienas iš motyvų, kuriais individualūs šios grupės nariai remiasi jas akceptuodami; priešingai, tiesiog vienodą praktiką, kaip antai bendrą grupės moralę, lemia ne konvencija, bet tas faktas, kad grupės nariai nepriklausomai vienas nuo kito turi tuos pačius motyvus elgtis tam tikrais konkrečiais būdais ir paprastai taip elgiasi.

(ii) Manasis socialinių normų aiškinimas, kaip Dworkinas teisingai pažymėjo, taikytinas tik toms normoms, kurios yra konvencionalios mano ką tik nurodyta prasme. Tai žymiai susiaurina mano praktikos teorijos sritį, todėl šiandien aš jos nelaikau išsamiai paaiškinančia individualiąją ar socialinę moralę. Tačiau ši teorija patikimai paaiškina konvencionalias socialines normas, apimančias, be įprastinių socialinių papročių (kurie gali būti arba nebūti pripažįstami turinčiais teisinę galią), tam tikras svarbias teisės normas, tarp jų ir pripažinimo taisyklę, kuri faktiškai yra teisminės paprotinės normos, egzistuojančios tik tada, kai ją akceptuoja ir praktikuoja teisės identifikavimo ir taikymo operacijas atliekantys teismai, forma. Tuo tarpu išleistų aktų nustatytos teisės normos, nors jas pagal pripažinimo taisyklės nustatytus kriterijus ir galima identifikuoti kaip galiojančias teisės normas, priešingai, gali egzistuoti kaip teisės normos jau nuo jų išleidimo momento, dar net nepasitaikius progai jas praktikuoti, todėl praktikos teorija joms netaikytina.

Taigi svarbiausias Dworkino kritinis kontrargumentas prieš normų praktikos teoriją yra toks: ši teorija daro klaidingą prielaidą, kad socialinę normą įdiegia jos socialinė praktika, todėl teiginį, jog tokia norma egzistuoja, ji traktuoja tik kaip išorinį sociologinį faktą, kad patenkinamos normos egzistavimo praktikos sąlygos[43]. Dworkinas bando

[43] [Žr. *TRS* 48–58.]

įtikinti, kad toks požiūris negali paaiškinti net pačiai paprasčiausiai konvencionaliai normai būdingo *normatyvinio* pobūdžio. Šios normos nustato *pareigas,* taip pat teikia *motyvus veikti,* į kuriuos apeliuojama tuomet, kai tokiomis normomis remiamasi, kaip paprastai būna, kritikuojant elgesį ir palaikant reikalavimus veikti. Minėtieji bruožai – motyvų teikimas ir pareigų nustatymas – kuria šių normų specifinį normatyvinį pobūdį ir parodo, kad jų egzistavimas – tai ne tik faktinė situacija, kaip yra praktikos ir pažiūrų, kurios, pagal praktikos teoriją, lemia socialinės normos egzistavimą, atveju. Pasak Dworkino, normatyvinė taisyklė, pasižyminti šiais skiriamaisiais bruožais, gali egzistuoti tik tuomet, jeigu yra „tam tikra normatyvinė situacija"[44]. Šie pacituotieji žodžiai, man atrodo, trikdo ir yra migloti: iš „einančiųjų į bažnyčią taisyklės" (vyrai bažnyčioje privalo nusiimti skrybėles)[45] aptarimo atrodo, kad Dworkinas normatyvinę situaciją suvokia kaip gerų moralinių pagrindų arba pateisinimo, kodėl reikia daryti tai, ko norma reikalauja, buvimą; todėl jis įrodinėja, kad nors paprasta reguliari praktika ir negali konstituoti normos, tačiau ji gali padėti šią normą pateisinti, sukurdama būdus, kuriais jai yra nusižengiama, ir sudarydama sąlygas atsirasti lūkesčiams, kurie yra geri normos, reikalaujančios bažnyčioje nusiimti skrybėles, pagrindai. Jeigu kaip tik tai Dworkinas turi galvoje, kalbėdamas apie normatyvinės taisyklės tezei pagrįsti reikalingą normatyvinę situaciją, jo pozicija socialinės normos egzistavimo sąlygų atžvilgiu man atrodo aiškiai per griežta. Juk, kaip atrodo, ši pozicija reikalauja ne tik to, kad į normas kaip į nustatančias pareigas arba teikiančias motyvus veikti apeliuojantys dalyviai tikėtų, jog yra geri moraliniai normų laikymosi pagrindai arba pateisinimas, bet ir kad tokie geri pagrindai iš tikrųjų būtų. Paprastai tariant,

[44] *TRS* 51.

[45] [*TRS* 50–58; žr. šios knygos p. 221–222.]

visuomenėje gali būti jos narių akceptuotų normų, kurios moralės požiūriu yra neteisingos, kaip antai normos, draudžiančios tam tikros odos spalvos asmenims naudotis viešaisiais patogumais, tokiais kaip parkai arba paplūdimiai. Išties net lengvesnioji sąlyga, pagal kurią tam, kad egzistuotų socialinės normos, reikia tik, kad dalyviai *tikėtų,* jog yra geri moraliniai pagrindai jos laikytis, kaip bendroji socialinių normų egzistavimo sąlyga yra aiškiai per griežta. Juk kai kurios normos gali būti akceptuojamos vien tik dėl abejingumo arba dėl pagarbos tradicijai, arba dėl noro solidarizuotis su kitais, tikint, jog visuomenė geriau žino, kas yra naudinga individams. Šios pažiūros gali egzistuoti drauge su daugiau ar mažiau aiškiu suvokimu, kad moralės požiūriu normos nėra nepriekaištingos. Žinoma, konvencionali norma kartu gali būti morališkai teisinga bei pateisinama ir būti laikoma tokia. Tačiau iškilus klausimui, kodėl akceptavusieji konvencionalias normas kaip savo elgesio orientyrus arba kaip kritikos kriterijus tai padarė, aš nematau priežasties iš daugelio galimų atsakymų (žr. šios knygos p. 207, 209) tikėjimą normų moraliniu pateisinimu nurodyti kaip vienintelį įmanomą arba vienintelį teisingą atsakymą.

Galiausiai Dworkinas įrodinėja, jog normų praktikos teorijos, net ir apribotos konvencionaliomis normomis, reikia atsisakyti, nes ji negali akomoduoti idėjos, kad konvencionali norma gali būti vidujai prieštaringa ir dėl to dėl šios normos gali kilti nesutarimų[46]. Dworkinas neneigia, kad kai kurios nuolatinės praktikos ir akceptavimo konstituojamos normos yra neprieštaringos, bet jis tvirtina, kad šiais būdais konstituojamos normos apima tik palyginti nesvarbius atvejus, tokius kaip kai kurių žaidimų taisyklės; tačiau viena labai svarbi ir vargu ar prieštaringa norma, teisinės sistemos svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė, šioje knygoje yra traktuojama kaip norma, kurią konstituoja vienin-

[46] [*TRS* 58.]

ga teismų praktika: teismai, atlikdami teisės taikymo ir teisės prievartinio vykdymo operacijas, šią normą akceptuoja kaip orientyrą. Į tai Dworkinas atsako, kad sunkiose bylose tarp teisėjų dažnai kyla teorinių nesutarimų dėl to, ką tam tikru klausimu sako teisė; šie nesutarimai esą įrodo, kad tariamasis neprieštaringumas bei visuotinis akceptavimas yra tik iliuzija. Žinoma, negalima paneigti, kad tokių nesutarimų kyla dažnai ir kad jie yra reikšmingi, tačiau remtis tokiais nesutarimais kaip argumentu, kad pripažinimo taisyklei negalima taikyti praktikos teorijos, reiškia klaidingai suprasti normos funkciją: esą norma turinti visiškai nulemti konkrečių bylų teisines pasekmes, todėl bet kurioje byloje kylantį bet kokį teisinį klausimą turi būti galima išspręsti paprastai – vien tik remiantis normos teikiamais kriterijais arba standartais. Bet tokia koncepcija yra klaidinga: normos funkcija yra tik nustatyti bendrąsias sąlygas, kurias šiuolaikinėse teisinėse sistemose turi patenkinti teisingi teisiniai sprendimai. Norma paprastai šią funkciją atlieka, nustatydama galiojimo kriterijus, kuriuos Dworkinas vadina genealogijos dalykais; šie kriterijai taikomi ne teisės turiniui, bet normos priėmimo būdui ir formai; tačiau, kaip aš jau minėjau (p. 388), be šių genealogijos dalykų, pripažinimo taisyklė gali nustatyti ir kriterijus, susijusius ne su faktiniu įstatymų turiniu, bet su jų esminių moralinių vertybių arba principų atitikimu. Žinoma, konkrečiais atvejais teisėjai gali nesutarti dėl to, ar patenkinami šie kriterijai; moralinis patikrinimas, ar atitinkama pripažinimo taisyklė, tokių nesutarimų nepašalins. Teisėjai gali sutarti dėl tokių kriterijų taikymo pagrįstumo, nes jie kyla iš jau susiklosčiusios teisminės praktikos, bet dėl to, ko šie kriterijai reikalauja konkrečiose bylose, jie vis tiek gali nesutarti. Jeigu į pripažinimo taisyklę žiūrima šitaip, tai normų praktikos teoriją jai visiškai galima taikyti.

(ii) Normos ir principai

Ilgą laiką geriausiai žinomas Dworkino kritinis kontrargumentas prieš šioje knygoje išsakytas mintis buvo toks: ši knyga klaidingai vaizduojanti teisę tik kaip susidedančią iš „viskas arba nieko" tipo normų ir ignoruojanti kitą teisinį standartą, būtent teisės principus, kurie vaidina svarbų ir savitą vaidmenį teisinio argumentavimo ir bylų sprendimo atžvilgiu. Kai kurie kritikai, pastebėję mano darbe šį trūkumą, jį vertino kaip daugiau ar mažiau izoliuotą ydą, kurią aš galėčiau ištaisyti paprasčiausiai įtraukdamas teisės principus drauge su teisės normomis į teisinę sistemą kaip jos sudedamąją dalį; jie manė, kad tai aš galiu padaryti neatsisakydamas arba rimtai nemodifikuodamas kurios nors iš pagrindinių mano knygos temų. Bet Dworkinas, kuris pirmasis ėmė mane kritikuoti šiuo požiūriu, primygtinai tvirtina, kad teisės principams mano teorijoje galėtų atsirasti vietos tik atsisakius pagrindinių šios teorijos doktrinų. Pasak jo, jeigu aš pripažinčiau, kad teisė iš dalies susideda iš principų, aš nebegalėčiau nuosekliai, kaip anksčiau, laikytis nuomonės, kad sistemos teisė yra identifikuojama pagal teismų praktikoje akceptuojamos pripažinimo taisyklės nustatomus kriterijus, arba kad teismai bent kartkartėmis realizuoja tikrąją teisėdaros galią arba diskreciją tose bylose, kuriose esama aiški teisė nesugeba padiktuoti sprendimo, arba kad tarp teisės ir moralės nėra būtino arba konceptualaus ryšio. Šios doktrinos ne tik yra svarbiausios mano teisės teorijoje, bet jos dažnai yra laikomos sudarančiomis šiuolaikinio teisinio pozityvizmo šerdį; tad jų atsisakymas išties būtų gana reikšmingas įvykis.

Šiame savo atsakymo skirsnyje aš svarstysiu įvairius kritinio kontrargumento, esą aš ignoravęs teisės principus, aspektus, taip pat bandysiu įrodyti, kad visa tai, kas šioje kritikoje yra teisinga, galima pritaikyti be jokių svarbių

pasekmių mano teorijai kaip visumai. Bet dabar aš nuoširdžiai noriu prisipažinti, kad savo knygoje bylų sprendimui bei teisiniam argumentavimui, taip pat argumentams, kuriuos mano kritikai vadina teisės principais, aš skyriau toli gražu nepakankamai vietos. Šiandien aš sutinku, jog tai, kad principai šioje knygoje buvo paliesti tik probėgšmais, yra jos trūkumas.

Bet kuo aš esu kaltinamas, ką aš ignoruoju? Kas yra teisės principai ir kuo jie skiriasi nuo teisės normų? Ta prasme, kuria apie juos rašo teisininkai, „principai" paprastai apima didelę įvairovę teorinių ir praktinių samprotavimų, iš kurių tik kai kurie yra susiję su tomis problemomis, kurias norėjo iškelti Dworkinas. Net jeigu „principo" sąvoką taikytume tik elgesio modeliams, taip pat teismų elgesiui sprendžiant bylas, skirtumą tarp normų ir tokių principų galima brėžti skirtingais būdais. Tačiau aš esu įsitikinęs, jog visi mano kritikai, kaltinantys mane principų ignoravimu, sutiks, kad yra mažių mažiausiai du bruožai, skiriantys principus nuo normų. Pirmasis bruožas susijęs su laipsniu: principai, palyginti su normomis, yra platūs, bendri ir nekonkretizuoti ta prasme, kad dažnai tai, kas būtų laikoma daugeliu skirtingų normų, gali būti apibūdinama kaip vieno principo išraiškos. Antrasis bruožas yra toks: principai daugiau arba mažiau aiškiai nurodo tam tikrą siekį, tikslą, teisės turėjimą arba vertybę, todėl tam tikra prasme manoma, kad pageidautina juos ginti arba jų laikytis, taigi jie vertinami ne tik kaip teikiantys juos išreiškiančių normų paaiškinimą arba loginį pagrindimą, bet kaip bent padedantys jas pateisinti.

Be šių dviejų su principų aiškinamuoju ir pateisinamuoju vaidmeniu normų atžvilgiu siejamų bruožų – principų platumo ir jų pageidaujamumo tam tikru požiūriu, iš kurių nė vienas nekelia didesnių prieštaravimų, yra trečiasis skiriamasis bruožas, kurį aš pats laikau laipsnio klausimu, o

Dworkinas – ne; jis šį bruožą laiko lemiamu. Pasak Dworkino, normos „viskas arba nieko" būdu jas taikančių asmenų argumentavimo procese funkcionuoja ta prasme, kad jeigu norma yra galiojanti ir apskritai taikytina konkrečioje byloje, ji šios bylos teisines pasekmes arba rezultatą „padaro būtinus", t.y. juos aiškiai nulemia[47]. Dworkinas pateikia teisės normų pavyzdžių: tai normos, leidžiančios greitkelyje važiuoti 60 mylių per valandą greičiu, arba įstatymai, nustatantys testamentų sudarymo, patvirtinimo ir galiojimo reikalavimus, kaip antai įstatymo norma, kad testamentas negalioja, jeigu jis nėra paliudytas dviejų liudytojų. Dworkinas teigia, kad teisės principai skiriasi nuo tokių „viskas arba nieko" tipo normų, nes tuomet, kai reikia taikyti principus, sprendimas netampa „būtinas" – principai tik nurodo jo kryptį arba byloja už sprendimą, arba nurodo tam tikrą motyvą, kurį gali nustelbti kiti dalykai, bet į kurį teismai turi atsižvelgti kaip į orientuojantį viena arba kita linkme. Trumpumo dėlei aš šį principų bruožą vadinsiu jų „nesprendžiamuoju" pobūdžiu. Dworkinas pateikia tokių nesprendžiamųjų principų pavyzdžių; kai kurie iš jų yra gana specifiniai, kaip antai principas, kad „teismai turi atidžiai išnagrinėti [automobilių] pirkimo sutartis ir įsitikinti, ar sąžiningai atsižvelgiama į vartotojo ir viešuosius interesus"[48]; kiti yra daug platesnės apimties, kaip antai principas, kad „niekas negali turėti naudos iš to blogio, kurį padarė"[49]; daugelis pačių svarbiausiųjų Jungtinių Valstijų Kongreso ir valstijų įstatymų leidybos institucijų galių konstitucinių apribojimų, kaip antai Jungtinių Valstijų Konstitucijos Pirmosios, Penktosios ir Keturioliktosios pataisų nuostatos, fak-

[47] [*TRS* 24.]

[48] *TRS* 24, cituojama iš: *Henningsen* v. *Bloomfield Motors, Inc.*, 32 NJ 358, 161 A.2d 69 (1960), p. 387, 161 A.2d, p. 85.

[49] *TRS* 25–6.

tiškai funkcionuoja kaip tokie nesprendžiamieji principai[50]. Teisės principai, pasak Dworkino, nuo normų skiriasi tuo, kad jiems būdingas ne galiojimo, bet *svorio* matmuo[51], vadinasi, principą, konfliktuojantį su kitu didesnio svorio principu, pastarasis gali nustelbti, todėl pirmasis principas negalės nulemti sprendimo; bet vis dėlto jis liks nepakitęs, ir juo bus galima remtis kitose bylose, kur, konkuruodamas su kokiu nors kitu mažesnio svorio principu, jis gali nugalėti. Normos, kita vertus, arba galioja, arba negalioja, bet joms nebūdingas šis svorio matmuo; tad jeigu, kaip mes anksčiau minėjome, tarp jų kyla konfliktas, pasak Dworkino, galioti gali tik viena iš šių normų, o konkurenciją su kita pralaimėjusią normą reikia iš naujo suformuluoti taip, kad ji būtų suderinama su savo konkurente ir kad ją būtų galima taikyti konkrečioje byloje.

Aš nematau priežasties, kodėl reikėtų pripažinti šį griežtą skirtumą tarp teisės principų ir teisės normų arba požiūrį, kad jeigu galiojančią normą galima taikyti konkrečioje byloje, ji, priešingai negu principas, visuomet turi nulemti bylos rezultatą. Nėra jokio pagrindo, kodėl teisinė sistema negalėtų pripažinti, jog galiojanti norma nulemia rezultatą tose bylose, kuriose ji yra taikoma, išskyrus tuos atvejus, kai kita norma laikoma svarbesne ir taip pat yra taikytina toje pačioje byloje. Taigi norma, kuri, konkuruodama su svarbesne norma, pralaimėjo tam tikroje byloje, gali, kaip ir principas, išlikti ir nulemti rezulatą kitose bylose, kur ji laikoma svarbesne už kitą konkuruojančią normą[52].

[50] [Dworkinas nagrinėja, ar Pirmoji pataisa yra norma, ar principas, *TRS* 27.]

[51] [*TRS* 26.]

[52] Šį svarbų aspektą, į kurį aš pats neatkreipiau dėmesio, pabrėžė Razas ir Waluchowas. Žr. J. Raz, „Legal Principles and the Limits of Law", 81 *Yale LJ* 823 (1972), pp. 832–4, ir W. J. Waluchow, „Herculean Positivism", 5 *Oxford Journal of Legal Studies* 187 (1985), pp. 189–92.

Taigi, Dworkino požiūriu, teisę sudaro „viskas arba nieko" tipo normos ir nesprendžiamieji principai; jis nemano, kad šis skirtumas tarp normų ir principų yra laipsnio klausimas. Bet, mano nuomone, Dworkino pozicija nėra nuosekli. Jo anksčiau pateiktieji pavyzdžiai leidžia manyti, kad tarp normų ir principų gali kilti konfliktas, kuriame principas, konkuruodamas su norma, kartais nugalės, o kartais pralaimės. Iš Dworkino nurodomų bylų paminėtina *Riggs* v. *Palmer*[53], kurioje, nepaisant aiškių testamento galiojimą reguliuojančių įstatymų normų formuluočių, buvo palaikytas principas, kad žmogui negalima leisti turėti naudos iš jo paties blogo darbo, ir taip neleista žudikui paveldėti pagal savo aukos testamentą. Tai pavyzdys principo, laimėjusio konkurenciją su norma; tačiau šios konkurencijos buvimas aiškiai parodo, kad normos neturi „viskas arba nieko" pobūdžio, nes jos gali minėtuoju būdu konfliktuoti su principais ir šie gali jas nusverti. Net jeigu šitokias bylas apibūdintume (kaip Dworkinas kartais siūlo) ne kaip normų ir principų konfliktus, bet kaip konfliktą tarp svarstomąją normą paaiškinančio bei pateisinančio principo ir kokio nors kito principo, griežtas skirtumas tarp „viskas arba nieko" tipo normų ir nesprendžiamųjų principų išnyksta; juk šiuo požiūriu norma negalės pati nulemti bylos, kurioje ji yra taikoma, rezultato, nes ją pateisinantis principas nusileidžia kitam principui savo svoriu. Tas pat būtų ir tuo atveju, jeigu (kaip irgi siūlo Dworkinas) principas būtų laikomas teikiančiu motyvą naujai išaiškinti tam tikrą aiškiai suformuluotą teisės normą[54].

Šio teiginio, kad teisinę sistemą sudaro „viskas arba nieko" tipo normos ir nesprendžiameji principai, nenuoseklu-

[53] 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889); *TRS* 23; taip pat žr. *LE* 15 ff.
[54] [Dworkino argumentus žr. *TRS* 22–8 ir *LE* 15–20.]

mo galima išvengti pripažįstant, jog minėtasis skirtumas yra tik laipsnio klausimas. Žinoma, galima įžvelgti tam tikrą neabsoliutų skirtumą tarp beveik sprendžiamųjų normų, kurių taikymo sąlygų patenkinimo pakanka, kad šios normos nulemtų teisines pasekmes, išskyrus keletą atvejų (kai jų nuostatos gali konfliktuoti su kita, svarbesne laikoma norma), ir paprastai nesprendžiamųjų principų, kurie tik nurodo sprendimo kryptį, bet labai dažnai negali jo nulemti.

Aš iš tikrųjų esu įsitikinęs, kad argumentavimas remiantis tokiais nesprendžiamaisiais principais yra svarbus bylų sprendimo ir teisinio argumentavimo bruožas ir kad jį reikia įvardyti adekvačiais terminais. Dworkinas išties vertas pagyrimo už tai, kad įrodė ir pavyzdžiais pagrindė principų svarbą ir jų vaidmenį teisiniame argumentavime, o iš mano pusės tikrai buvo didelė klaida nepabrėžti principų nesprendžiamosios galios. Bet, vartodamas žodį „norma“, aš tikrai neketinau teigti, kad teisinės sistemos susideda tik iš „viskas arba nieko“ tipo arba beveik sprendžiamųjų normų. Aš ne tik kreipiau dėmesį (žr. šios knygos p. 228–232) į tai, ką aš pavadinau (tikriausiai nevykusiai) „kintamais teisiniais modeliais“, konkretizuojančiais, į kokius veiksnius reikia atsižvelgti ir juos palyginti su kitais, bet taip pat bandžiau (žr. p. 232–234) paaiškinti, kodėl kai kurias elgesio sritis labiau tinka reguliuoti ne tokiais kintamais modelais, kaip „pakankamas rūpestingumas“, bet veikiau beveik sprendžiamosiomis normomis, visais atvejais, išskyrus retas išimtis, draudžiančiomis tuos pačius konkrečius veiksmus arba reikalaujančiomis šių veiksmų. Kaip tik todėl yra už nužudymą ir vagystę persekiojančios normos, o ne tik tinkamos pagarbos žmogaus gyvybei ir nuosavybei reikalaujantys principai.

4. Principai ir pripažinimo taisyklė

Genealogija ir aiškinimas

Dworkinas teigia, kad teisės principų – esminių teisės elementų – negalima identifikuoti pagal pripažinimo taisyklės nustatytus ir teismų praktikoje atsiskleidžiančius kriterijus, todėl pripažinimo taisyklės doktriną reikia atmesti. Pasak Dworkino, teisės principus galima identifikuoti tik juos konstruktyviai aiškinant kaip teisinės sistemos jau susiformavusios teisės visą institucinę istoriją geriausiai atitinkančių ir geriausiai ją pateisinančių principų unikalios visumos sudedamąją dalį. Žinoma, joks teismas, nei Anglijos, nei Amerikos, identifikuodamas teisę niekuomet atvirai nesivadovavo tokiu makrosisteminiu holistiniu kriterijumi, tad Dworkinas nusileidžia: joks realus žmogus teisėjas nėra panašus į jo mitinį idealųjį teisėją „Heraklį" ir negalėtų atlikti tokio žygdarbio – iškart paaiškinti visą savo šalies teisę. Vis dėlto jis mano, kad teismus geriausiai galima suprasti, laikant juos bandančiais ribotai „pamėgdžioti Heraklį"; teismų sprendimų vertinimas šiuo būdu, Dworkino nuomone, padeda nušviesti „paslėptąją struktūrą"[55].

Žymiausias iš Anglijos teisininkams žinomų principų identifikavimo remiantis ribotu konstruktyviu aiškinimu pavyzdžių – tai lordo Atkinso formuluotė *Donahue* v. *Stevenson* byloje[56] apie anksčiau nesuformuluotą „gretimą principą" kaip pagrindžiantį įvairias atskiras normas, nustatančias pareigą atsargiai elgtis įvairiose situacijose.

Požiūris, kad teisėjus, šitaip ribotai konstruktyviai aiškinančius teisę, geriausiai galima suprasti kaip bandančius pamėgdžioti Heraklio makrosisteminį holistinį požiūrį, manęs neįtikina. Bet dabartinė mano kritinė pastaba yra to-

[55] *LE* 265.
[56] [1923] A.C. 562.

kia: Dworkinas, pernelyg susidomėjęs konstruktyviu aiškinimu, ignoruoja tą faktą, kad daug teisės principų savo statusą įgyja ne dėl to, kad su malonumu paaiškina jau susiformavusią teisę, bet dėl to, ką jis vadina šių principų „genealogija"; tai yra tas būdas, kuriuo pripažintas autoritetingas šaltinis sukuria arba akceptuoja šiuos principus. Aš manau, kad dėl šio pernelyg didelio susidomėjimo konstruktyviu aiškinimu Dworkinas faktiškai daro dvigubą klaidą: pirma, jis yra įsitikinęs, kad teisės principų negalima identifikuoti remiantis jų genealogija; antra, jis yra įsitikinęs, kad pripažinimo taisyklė gali tik nustatyti genealogijos kriterijus. Abu šie įsitikinimai yra klaidingi; pirmasis yra klaidingas todėl, kad nei principų nesprendžiamasis pobūdis, nei kiti jų bruožai jokiu būdu neįrodo, kad principų neįmanoma identifikuoti remiantis genealogijos kriterijais. Juk, atvirai sakant, galima daryti prielaidą, kad rašytinės konstitucijos arba konstitucijos pataisos, arba įstatymo nuostata buvo siekiama veikti principams būdingu nesprendžiamuoju būdu ir siūlyti sprendimo motyvus, tačiau konkrečiose bylose šiuos motyvus gali nusverti kokios nors kitos normos arba principo siūlomi svaresni motyvai, kuriais grindžiamas alternatyvus sprendimas. Dworkinas pats atkreipė dėmesį į tai, jog Jungtinių Valstijų Konstitucijos Pirmąją pataisą, nustatančią, kad Kongresas negali apriboti žodžio laisvės, reikia aiškinti kaip tik šiuo būdu[57]. Ir kai kuriuos teisės principus, tarp jų tam tikrus fundamentalius bendrosios teisės principus, kaip antai principą, kad niekas negali gauti naudos iš savo blogo darbo, galima identifikuoti kaip teisę remiantis šiuo „genealogijos" kriterijumi ta prasme, kad įvairiausias bylas sprendžiantys teismai nuolat atsižvelgdavo į šiuos principus kaip į formuluojančius sprendimo motyvus; į šiuos motyvus turi būti atsižvelgiama, nors kai kuriose

[57] [Žr. TRS 27.]

bylose juos gali nustelbti kiti motyvai, nurodantys priešingą kryptį. Žinant tokius pagal genealogijos kriterijus identifikuojamų teisės principų pavyzdžius, jokio bendro pobūdžio argumento, esą pripažinus principus sudedamąja teisės dalimi tenka atsisakyti pripažinimo taisyklės doktrinos, negalima laikyti vykusiu. Toliau aš įrodysiu, kad principų pripažinimą teisės dalimi ne tik galima iš tikrųjų suderinti su šia doktrina, bet jis faktiškai reikalauja šią doktriną priimti.

Jeigu pripažįstama (kaip iš tikrųjų ir turi būti), kad yra bent keli teisės principai, kuriuos, remiantis pripažinimo taisyklės nustatytais genealogijos kriterijais, galima „užčiuopti" arba identifikuoti kaip teisę, tada Dworkino kritinį argumentą reikia redukuoti į kuklesnį teiginį, jog yra daug teisės principų, kurių negalima šiuo būdu užčiuopti, nes jų yra pernelyg daug arba jie yra pernelyg neapčiuopiami, arba pernelyg neatsparūs pokyčiams ar modifikacijoms, arba jie nepasižymi niekuo, kas leistų juos identifikuoti kaip teisės principus pagal kokius nors kitus kriterijus, išskyrus tai, kad jie priklauso minėtajai aiškiai principų sistemai, geriausiai atitinkančiai teisinės sistemos institucinę istoriją bei praktiką ir geriausiai ją pateisinančiai. Iš pirmo žvilgsnio atrodo, kad šis interpretacinis kriterijus yra ne alternatyva pripažinimo taisyklės nustatytajam kriterijui, o, kaip teigia kai kurie kritikai[58], tik sudėtinga „švelniajam pozityvizmui" būdinga šitokio principus ne pagal jų genealogiją, bet pagal jų turinį identifikuojančio kriterijaus forma. Tiesa, jeigu pripažinimo taisyklė apimtų tokį interpretacinį kriterijų, ji dėl ankščiau, p. 389 ff., aptartų priežasčių negalėtų užtikrinti reikiamo teisės identifikavimo apibrėžtumo laipsnio, kaip, pasak Dworkino, norėtų pozityvistas. Ir vis dėlto įrodymas,

[58] Žr., pavyzdžiui, E. P. Soper, „Legal Theory and the Obligation of a Judge", *RDCJ*, p. 16; J. Coleman, „Negative and Positive Positivism", *RDCJ*, p. 28; D. Lyons, „Principles, Positivism and Legal Theory", 87 *Yale Law Journal*, 415 (1977).

kad interpretacinis kriterijus yra sudedamoji konvencionalaus teisės pripažinimo modelio dalis, tebėra geras teorinis jo teisinio statuso paaiškinimas. Todėl, priešingai negu teigia Dworkinas, principų pripažinimas teisės dalimi tikrai nėra nesuderinamas su pripažinimo taisyklės doktrina.

Pastarosiose dviejose pastraipose išdėstytų argumentų pakanka įrodyti, kad, priešingai negu teigia Dworkinas, principų kaip teisės dalies akceptavimas būtų suderinamas su pripažinimo taisyklės doktrina net ir tuo atveju, jeigu Dworkino interpretacinis kriterijus, kaip jis pats tikina, būtų vienintelis tinkamas principų identifikavimo kriterijus. Bet iš tikrųjų galima daryti dar griežtesnę išvadą, būtent: jeigu teisės principai identifikuojami remiantis šiuo kriterijumi, pripažinimo taisyklė yra būtina. Taip yra todėl, kad, identifikuojant bet kurį teisės principą vadovaujantis Dworkino interpretaciniu kriterijumi, išeities taškas yra tam tikra specifinė jau susiformavusios teisės sritis, kurią šis principas padeda pateisinti. Todėl šio kriterijaus taikymas remiasi prielaida, jog identifikuojama jau susiformavusi teisė, o kad tai būtų įmanoma, yra būtina pripažinimo taisyklė, tiksliai apibrėžianti teisės šaltinius bei tarp jų susiklosčiusius viršenybės ir subordinacijos santykius. Kalbant *Teisės imperijoje* vartojamais terminais, teisės normos ir praktika, kurios yra išeities taškai sprendžiant interpretacinę užduotį identifikuoti pamatinį arba numanomą teisės principą, sudaro „preinterpretacinę teisę"; pasirodo, jog daug kas iš to, ką Dworkinas apie ją sako, patvirtina požiūrį, kad jai identifikuoti yra būtina kas nors, kas būtų labai panašu į pripažinimo taisyklę, identifikuojančią autoritetingus teisės šaltinius šioje knygoje aprašytuoju būdu. Pagrindinis skirtumas tarp mano ir Dworkino požiūrių čia yra tik tas, kad aš bendrą teisėjų sutarimą dėl teisės šaltinių identifikavimo kriterijų sieju su jų bendru šiuos kriterijus nustatančių *normų* akceptavimu, tuo tarpu Dworkinas yra linkęs kalbėti ne

apie normas, bet apie tos pačios interpretacinės bendruomenės narių „konsensusą“[59], apie jų bendras „paradigmas“[60] bei „prielaidas“[61]. Žinoma, kaip Dworkinas aiškiai pareiškė, yra reikšmingas skirtumas tarp nepriklausomų įsitikinimų konsensuso, kur kitų sutarimas nėra vienas iš motyvų, dėl kurių kiekviena konsensuso šalis siekia sutarti, ir konvencijos konsensuso, kur tai yra toks motyvas. Pripažinimo taisyklė mano knygoje iš tikrųjų traktuojama kaip grindžiama konvencionalia teisėjų konsensuso forma. Kad ji ja remiasi bent jau Anglijos ir Amerikos teisėje, atrodo, yra visiškai aišku, nes juk Anglijos teisėjo motyvas traktuoti Parlamento įstatymus (kaip ir Amerikos teisėjo motyvas traktuoti Konstituciją) kaip teisės šaltinį, viršesnį už kitus šaltinius, apima tą aplinkybę, kad jo kolegos teisėjai tam pritars, kaip pritarė jų pirmtakai. Pats Dworkinas įstatymų viršenybės doktriną apibūdina kaip beprasmišką teisės istorijos faktą, apribojantį tą vaidmenį, kurį galėtų vaidinti teisėjų įsitikinimai[62]; jis pareiškia, kad „interpretacinė pažiūra negali išsilaikyti, jeigu tos pačios interpretacinės bendruomenės nariai nesiremia bent apytikriai tomis pačiomis prielaidomis“ dėl to, „kas turi būti laikoma nusistovėjusia tvarka“[63]. Todėl aš darau išvadą, kad, nors ir kaip skirtųsi normos ir Dworkino minimos „prielaidos“, „konsensusas“ bei „paradigmos“, teisės šaltinių teisminį identifikavimą jis aiškina iš esmės taip pat, kaip ir aš.

Tačiau tarp mano ir Dworkino požiūrių išlieka didžiulių teorinių skirtumų. Juk Dworkinas neabejotinai atmestų mano siūlomą jo interpretacinio teisės principų kriterijaus traktavimą kaip specifinės formos, kurią kai kuriose teisinėse

[59] [*LE* 65–6, 91–2.]
[60] [*LE* 72–3.]
[61] [*LE* 47, 67.]
[62] [*LE* 401.]
[63] *LE* 67.

sistemose įgyja konvencionali pripažinimo taisyklė, kurios egzistavimas ir autoritetas priklauso nuo to, ar ją akceptuoja teismai. Jo manymu, šitoks traktavimas visiškai iškreiptų ir sumenkintų „konstruktyvaus" aiškinimo projektą, kurio tikslas – parodyti teisę pačioje palankiausioje moralinėje šviesoje, o tai, Dworkino požiūriu, yra teisės identifikavimo sudedamoji dalis. Juk jis į šį aiškinimo stilių nežiūri kaip į teisės pripažinimo, kurio reikalauja konkrečių teisinių sistemų teisėjų ir teisininkų akceptuojamos paprastos konvencionalios normos, metodą. Anaiptol, jis šį aiškinimo stilių pateikia kaip svarbiausiąjį bruožą, būdingą ne tik teisei, bet ir daugumai socialinės minties bei socialinės praktikos apraiškų, ir kaip „gilaus ryšio tarp visų aiškinimo formų", apimančių tokį aiškinimą, kaip jis suprantamas literatūros kritikoje ir net gamtos moksluose[64], įrodymą. Tačiau net jeigu šis interpretacinis kriterijus yra ne tik konvencionalios normos reikalaujamo teisės pripažinimo modelis, bet yra giminiškas ir turi sąsajų su tokiu aiškinimu, kaip jis suprantamas kitose disciplinose, faktas, kad jeigu ir yra kokių nors teisinių sistemų, kuriose identifikuojant teisės principus iš tikrųjų yra taikomas Dworkino holistinis interpretacinis kriterijus, tai tokiose sistemose šį kriterijų kuo puikiausiai galėtų nustatyti konvencionali pripažinimo taisyklė. Bet kadangi tokių teisinių sistemų, kuriose būtų taikomas šis visiškai holistinis kriterijus, iš tikrųjų nėra, o yra tik tokios sistemos kaip Anglijos teisė ir Amerikos teisė, kuriose konstruktyvus aiškinimas identifikuojant latentiškuosius teisės principus įgyja kuklesnę išraišką tokiose bylose, kaip *Donohue* v. *Stevenson,* vienintelis klausimas, kurį reikia išspręsti, yra toks: ar šį aiškinimą reikia suprasti kaip konvencionalios pripažinimo taisyklės arba kokiu nors kitu būdu nustatyto kriterijaus taikymą, o jeigu taip, tai koks yra jo teisinis statusas.

[64] *LE* 53.

5. Teisė ir moralė

(i) Teisės ir pareigos

Šioje knygoje aš įrodinėju, kad nors tarp teisės ir moralės yra daug atsitiktinių ryšių, bet nėra jokio būtino konceptualaus ryšio tarp teisės ir moralės turinio; todėl morališkai neteisingos nuostatos gali galioti kaip teisės normos ir principai. Vienas šios teisės ir moralės atskyrimo formos aspektas yra tas, kad gali būti tokių juridinių teisių, kurioms nėra jokio moralinio pateisinimo ir kurios neturi jokios moralinės galios. Dworkinas atmetė šią idėją dėl požiūrio (galiausiai kilusio iš jo paties interpretacinės teisės teorijos), kad turi būti bent teisių ir pareigų egzistavimo konstatavimo prima facie moraliniai pagrindai. Taigi idėją, kad „juridinės teisės turi būti suprantamos kaip [a] moralinių teisių rūšis", jis laiko „lemiamu"[65] savosios teisės teorijos elementu ir sako, kad oponuojanti pozityvizmo doktrina priklauso „keistam teisinio esencializmo pasauliui"[66], kuriame mums tiesiog duotas ikianalitinis žinojimas, kad gali būti juridinių teisių ir pareigų, neturinčių jokio moralinio pagrindo ar galios. Kad ir kokie būtų Dworkino bendros interpretacinės teorijos pranašumai, jo išsakytoji doktrinos, kad juridinės teisės ir pareigos gali neturėti jokios moralinės galios ir moralės požiūriu gali būti nepateisinamos, kritika yra tiesiog klaidinga; mano manymu, svarbu tuo įsitikinti, nes tai padeda suprasti, koks gali būti deskriptyviosios jurisprudencijos įnašas į teisės suvokimą. Dworkino kritika yra klaidinga štai dėl kokių priežasčių: juridinės teisės ir pareigos yra toks dalykas, kai teisė su savo prievartos aparatu atitinkamai arba gina individų laisvę, arba ją apriboja, arba suteikia individams galią pasi-

[65] *RDCJ* 260.
[66] *RDCJ* 259.

naudoti teisinės prievartos mechanizmais, arba jos nesuteikia. Tad ar įstatymai yra moralės požiūriu geri, ar blogi, teisingi ar neteisingi, į teises ir pareigas reikia žiūrėti kaip į svarbiausius teisės operacijų tikslus, kurių reikšmė žmonėms yra didžiulė ir nepriklauso nuo įstatymų moralinio gerumo. Todėl yra neteisinga teigti, kad realiame pasaulyje juridinių teisių ir pareigų konstatavimas gali būti prasmingas tik tuo atveju, jeigu yra tam tikras moralinis pagrindas teigti jas egzistuojant.

(ii) Teisės identifikavimas

Fundamentaliausias šioje knygoje rutuliojamos teisės teorijos ir Dworkino teorijos požiūrių į teisės ir moralės ryšius skirtumas susijęs su teisės identifikavimu. Pagal mano teoriją, ir teisės egzistavimą, ir jos turinį galima identifikuoti remiantis socialiniais teisės šaltiniais (pavyzdžiui, įstatymų leidyba, teismo sprendimais, socialiniais papročiais) be nuorodos į moralę, išskyrus tuos atvejus, kai šitaip identifikuojama teisė pati apima moralinius teisės identifikavimo kriterijus. Kita vertus, Dworkino interpretacinėje teorijoje kiekviena teisės nuostata, nurodanti, kokia yra teisė kuriuo nors konkrečiu klausimu, būtinai apima moralinį sprendimą, nes, pagal jo holistinę interpretacinę teoriją, teisės nuostatos yra teisingos tik tuo atveju, kai jos drauge su kitomis prielaidomis kyla iš visą jau susiformavusią ir remiantis teisės socialiniais šaltiniais identifikuotą teisę geriausiai atitinkančių ir geriausiai moralės požiūriu ją pateisinančių principų visumos. Todėl ši visa apimanti holistinė interpretacinė teorija turi dvigubą funkciją: ir identifikuoti teisę, ir ją pateisinti moralės požiūriu.

Tokia, trumpai tariant, buvo Dworkino teorija iki jam *Teisės imperijoje* nustatant skirtumą tarp interpretacinės teisės ir preinterpretacinės teisės. Dworkino teorija yra laiko-

ma alternatyva pozityvizmo teorijai, teigiančiai, kad teisės egzistavimą ir jos turinį galima identifikuoti nesiremiant morale, bet savo pradine forma ji buvo pažeidžiama štai tokios kritikos. Ten, kur remiantis teisės socialiniais šaltiniais identifikuota teisė yra moralės požiūriu neteisinga, ją geriausiai „pateisinantys" principai galėtų būti tik mažiausiai neteisingi iš visų tą teisę atitinkančių principų. Bet tokie mažiausiai neteisingi principai negali turėti pateisinamosios galios ir negali nustatyti jokių moralinių apribojimų arba suvaržymų tam, kas gali būti laikoma teise, o kadangi jie negali netikti jokiai teisinei sistemai, kad ir kokia ji būtų bloga, tai teorijos, siekiančios identifikuoti teisę remiantis šiais principais, negalima atskirti nuo pozityvizmo teorijos, teigiančios, kad teisę galima identifikuoti nesiremiant morale. To, kas gali būti laikoma teise, moralinius apribojimus arba suvaržymus iš tikrųjų gali nustatyti principai, kurie yra morališkai sveiki pagal to, ką Dworkinas vadina „fono morale"[67], kriterijus, o ne tiesiog morališkai sveikiausieji iš visų teisę atitinkančių principų. Šiai minčiai aš nė kiek neprieštarauju, bet ji yra visiškai suderinama su mano teiginiu, kad teisė turi būti identifikuojama nesiremiant morale.

Nurodydamas minėtąjį paskutinįjį skirtumą tarp interpretacinės ir preinterpretacinės teisės, Dworkinas daro išlygą, jog gali būti tokių blogų teisinių sistemų, kad bus neįmanomas joks šių sistemų įstatymų aiškinimas, kurį mes galėtume laikyti morališkai priimtinu. Jeigu taip atsitinka, paaiškina Dworkinas, galima griebtis to, ką jis vadina „vidiniu skepticizmu"[68], ir neigti, kad šitokios sistemos yra teisė. Bet kadangi mūsų šaltiniai, kuriais remdamiesi apibūdiname tokias situacijas, yra labai lankstūs, mes neprivalome daryti šios išvados, bet galime pasakyti, jog tokios teisinės

[67] [*TRS* 112, 128, ir žr. *TRS* 93.]
[68] *LE* 78–9.

sistemos, kad ir kokios blogos jos būtų, yra teisė preinterpretacine prasme[69]. Todėl mes nesame priversti atsisakyti vadinti teise netgi pačius blogiausius nacių įstatymus, nes šie nuo morališkai priimtinų režimų įstatymų gali skirtis tik savo neteisingu moraliniu turiniu, bet turės daug bendrų skiriamųjų teisės bruožų (pavyzdžiui, teisėdaros formas, bylų sprendimo ir teisės prievartinio įgyvendinimo formas). Daugelyje kontekstų ir siekiant daugelio tikslų gali būti pakankamai motyvų ignoruoti moralinius skirtumus ir drauge su pozityvistu sakyti, kad tokios blogos sistemos yra teisė. Čia Dworkinas tik priduria, kad tokios blogos sistemos yra teisė tik preinterpretacine prasme; tai yra tarsi Dworkino atskira nuomonė, liudijanti jo ištikimybę savo paties interpretaciniam požiūriui.

Aš esu įsitikinęs, kad toks apeliavimas į mūsų kalbos lankstumą ir skirtumo tarp interpretacinės ir preinterpretacinės teisės nustatymas patvirtina, o ne susilpnina pozityvisto poziciją. Juk taip tik pranešama, jog nors jis primygtinai teigia, kad deskriptyvioji jurisprudencija leidžia identifikuoti teisę nesiremiant morale, bet justifikacinės interpretacinės jurisprudencijos atveju yra kitaip – čia teisės identifikavimas visuomet yra susijęs su moraliniu sprendimu dėl to, kas geriausiai pateisina jau susiformavusią teisę. Šitoks pranešimas, aišku, nesuteikia pozityvistui jokio motyvo atsisakyti savo deskriptyvios teorijos; juo šito ir nesiekiama; tačiau netgi šį pranešimą reikia sušvelninti, nes teisė gali būti tokia bloga, kad reikės pasitelkti „vidinį skepticizmą“; tokiu atveju teisės aiškinimas bus nebesusijęs su kokiu nors moraliniu sprendimu, o toks aiškinimas, kaip jį supranta Dworkinas, turės kapituliuoti[70].

[69] [*LE* 103.]
[70] [*LE* 105.]

Dar viena Dworkino padaryta jo interpretacinės teorijos korektyva yra labai svarbi jo juridinių teisių sampratos požiūriu. Pradinėje Dworkino holistinėje teorijoje teisės identifikavimas ir jos pateisinimas yra traktuojami kaip išplaukiantys iš unikalios geriausiai visą jau susiformavusią tam tikros sistemos teisę atitinkančių ir geriausiai ją pateisinančių principų visumos. Todėl tokie principai, kaip aš minėjau, atlieka dvejopą funkciją. Bet kadangi susiformavusi sistemos teisė gali būti tokia bloga, kad yra neįmanomas joks visa apimantis pateisinamasis šios sistemos teisės aiškinimas, Dworkinas pažymėjo, jog šios dvi funkcijos gali būti atskirtos, paliekant tik teisės principus, identifikuojamus nesiremiant kokia nors morale. Tačiau šitokia teisė negali sukurti jokių teisių, kurios turėtų prima facie moralinę galią, o Dworkinas teigia, kad ją turi visos juridinės teisės. Vis dėlto vėliau Dworkinas pripažino, jog net ten, kur sistema yra tokia sugedusi, kad negali būti jokio moralinio arba pateisinamojo jos teisės kaip visumos aiškinimo, yra įmanomos situacijos, kuriose individus pagrįstai galima apibūdinti kaip turinčius teises, pasižyminčias bent prima facie moraline galia[71]. Tokios situacijos gali susiklostyti ten, kur sistemai priklauso įstatymai (pavyzdžiui, susiję su sutarčių sudarymu ir jų prievartiniu įgyvendinimu), nepaveikti bendro sistemos sugedimo, todėl individai, remdamiesi tokiais įstatymais, gali planuoti savo gyvenimą arba tvarkyti nuosavybę. Norėdamas atsižvelgti į tokias situacijas, Dworkinas sušvelnina savo pradinę idėją, kad prima facie moraline galia pasižyminčios juridinės teisės ir pareigos turi išplaukti iš bendrosios interpretacinės teisės teorijos; jis pripažįsta, jog šitokios situacijos nepriklausomai nuo jo bendrosios teorijos sukuria „specialius motyvus" priskirti individams juridines teises, pasižyminčias tam tikra moraline galia.

[71] [*LE* 105–6.]

6. Teisėjų diskrecija[72]

Aštriausias tiesioginis konfliktas tarp šioje knygoje išdėstytos teisės teorijos ir Dworkino teorijos kyla dėl mano teiginio, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje visuomet yra tam tikrų teisiškai nesureguliuotų atvejų, kuriais teisė tam tikru atžvilgiu nediktuoja jokio sprendimo arba jo krypties, taigi ir pati teisė yra iš dalies neapibrėžta arba neužbaigta. Jeigu tokiu atveju teisėjas turi priimti sprendimą ir neketina, kaip kadaise siūlė Benthamas, atsisakyti savo jurisdikcijos arba esamos teisės nereguliuojamus klausimas perduoti spręsti įstatymų leidybos institucijai, jis, užuot tiesiog taikęs esamą jau susiformavusią teisę, turi realizuoti savo *diskreciją* ir pats *kurti* teisę tai bylai. Taigi, spręsdamas tokias teisiškai nenumatytas arba nesureguliuotas bylas, teisėjas kartu ir kuria naują teisę, ir taiko jau sukurtąją teisę, o ši savo ruožtu suteikia jam teisėdaros galias, bet jas ir apriboja.

Dworkinas atmeta šį iš dalies neapibrėžtos arba neužbaigtos teisės ir spragas užpildančio bei ribotą teisėdaros diskreciją realizuojančio teisėjo vaizdinį kaip klaidingą pačios teisės ir teisėjo argumentavimo paaiškinimą. Jis teigia, jog neužbaigta yra ne teisė, bet jos pozityvistinis vaizdas, o kad taip yra, įrodys jo paties „interpretacinė" teisės samprata, teisei priskirianti ne tik *aiškiai* suformuluotą teisę, identifikuojamą nurodant jos socialinius šaltinius, bet ir *numanomus* teisės principus, t.y. tuos principus, kurie geriausiai atitinka aiškiąją teisę ir geriausiai ją paaiškina moralės požiūriu arba geriausiai su ja dera. Jo interpretaciniu požiūriu, teisė niekuomet nėra neužbaigta arba neapibrėžta, todėl teisėjas niekada neturi progos peržengti jos ribas ir priimdamas sprendimą realizuoti teisėdaros galią. Todėl kaip

[72] [Alternatyvus šio skirsnio pirmosios pastraipos variantas pateikiamas kaip baigiamoji pastaba.]

tik į tokius numanomus principus ir jų moralinius matmenis turi atsigręžti teismai, sprendžiantys minėtąsias „sunkiąsias bylas“, kuriose socialiniai teisės šaltiniai tam tikru teisės klausimu negali padiktuoti sprendimo.

Svarbu tai, kad tos teisėdaros galios reguliuoti iš dalies teisės nesureguliuotus atvejus, kurias aš priskiriu teisėjams, skiriasi nuo įstatymų leidybos institucijos teisėdaros galių: teisėjų galios ne tik turi paklusti daugybei *jo pasirinkimą susiaurinančių* suvaržymų, kurių gali visiškai nepatirti įsatymų leidybos institucija, bet ir, kadangi teisėjas savo galias realizuoja tik spręsdamas konkrečias neatidėliotinas bylas, jis negali jų panaudoti įdiegdamas plataus masto reformas arba naujus kodeksus. Taigi jo galios yra *epizodiškos* ir turi paklusti daugybei esminių suvaržymų. Vis dėlto yra tokių atvejų, kai esama teisė negali padiktuoti kokio nors sprendimo kaip teisingo, taigi tokias bylas sprendžiantis teisėjas turi realizuoti savo teisėdaros galias. Bet jis negali to daryti savavališkai: teisėjas visuomet turi vadovautis tam tikrais bendraisiais motyvais, pateisinančiais jo sprendimą; jis turi veikti taip, kaip veiktų sąžiningas įstatymų leidėjas, priimantis sprendimus pagal savo paties įsitikinimus ir vertybes. Bet jeigu teisėjas patenkina šias sąlygas, jis turi teisę vadovautis ne teisės diktuojamais kriterijais arba sprendimo motyvais, ir jie gali skirtis nuo tų, kuriais vadovaujasi kiti teisėjai, susidūrę su panašiomis sunkiomis bylomis.

Prieš mano pasiūlytąją teismų, realizuojančių tokią ribotą diskrecijos galią spręsti teisės nevisiškai sureguliuotas bylas, sampratą Dworkinas pateikia tris pagrindinius kritinius kontrargumentus. Pirmasis yra toks: ši samprata klaidingai apibūdina teismo procesą ir tai, ką teismai veikia, spręsdami „sunkiąsias bylas“[73]. Bandydamas tai įrodyti, Dworkinas apeliuoja į teisėjų ir advokatų vartojamą kalbą,

[73] [*TRS* 81; plg. *LE* 37–9.]

kuria jie apibūdina teisėjui keliamą užduotį, ir į teismo sprendimo priėmimo fenomenologiją. Jis sako, kad bylas sprendžiantys teisėjai ir advokatai, darantys spaudimą teisėjams, kad šie bylas išspręstų jų naudai, netgi neįprastais atvejais nekalba apie teisėją kaip apie „kuriantį" teisę. Net sunkiausiose iš tokių bylų teisėjas paprastai neišsiduoda suvokiąs, kad sprendimo priėmimo procesas, kaip mano pozityvistas, susideda iš dviejų visiškai skirtingų pakopų: pirmojoje teisėjas pirmąkart nustato, jog esama teisė nediktuoja jokio sprendimo; antrojoje teisėjas nusigręžia nuo esamos teisės ir ima kurti teisę šalims *de novo** ir *ex post facto,* vadovaudamasis savo paties supratimu, kas yra geriausia. Iš tiesų yra priešingai: advokatai kreipiasi į teisėją taip, tarsi jis visuomet rūpintųsi atrasti ir taikyti esamą teisę, o teisėjas kalba taip, tarsi teisė būtų suteiktų teisių sistema, kurioje nėra spragų, o kiekvienos bylos sprendimą reikėtų ne išrasti, bet atrasti.

Nėra abejonės, kad ši mums pažįstama teismo proceso retorika paremia idėją, jog išsivysčiusioje teisinėje sistemoje teisiškai nesureguliuotų atvejų nebūna. Bet ar galima rimtai tuo tikėti? Aišku, yra sena europietiškoji valdžių padalijimo tradicija ir doktrina, dramatizuojanti skirtumą tarp įstatymų leidėjo bei teisėjo ir kategoriškai reikalaujanti, kad teisėjas visuomet būtų tuo, kas jis yra, kai esama teisė yra aiški, – tik teisės, kurios jis nei kuria, nei kontroliuoja, „skelbėjas". Tačiau svarbu teismuose sprendžiant bylas teisėjų ir advokatų vartojamą ritualinę kalbą skirti nuo jų kur kas reflektyvesnių bendrų teiginių apie teismo procesą. Didieji teisėjai, kaip antai Oliveris Wendellas Holmesas** ir Car-

* Iš naujo *(lot.).*

** *Oliveris Wendellas Holmesas jaunesnysis* – Masačusetso teisininkas, vienas garsiausių JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjų (1902–1932), teisės mokslininkas. Žymiausi veikalai: *Bendroji teisė* (*The Common Law,* 1881), *Teisės kelias* (*The Path of the Law,* 1897). Kai kuriais savo sprendimais Holmesas priešinosi prezidento Theodore'o Roosevelto politikai.

dozo* Jungtinėse Valstijose arba lordas Macmillanas, lordas Radcliffe'as ir lordas Reidas** Anglijoje, taip pat gausybė kitų teisininkų, mokslininkų ir praktikų, primygtinai teigė, kad yra teisės nevisiškai sureguliuotų bylų, kuriose teisėjui nors „epizodiškai", tačiau neišvengiamai iškyla uždavinys kurti teisę, ir kad pagal esamą teisę daugelis bylų galėtų būti sprendžiamos ir vienaip, ir kitaip.

Kodėl priešinamasi idėjai, kad teisėjai kartais ir kuria, ir taiko teisę, mums padeda suprasti vienas principinis dalykas, kuris taip pat nušviečia pagrindinius teisėjų ir įstatymų leidybos institucijų teisėdaros skirtumus. Tai yra toji reikšmė, kurią nesureguliuotas bylas sprendžiantys teismai paprastai teikia tam, kad būtų elgiamasi pagal analogiją, siekdami užtikrinti, jog jų sukurta naujoji teisė, nors tai yra nauja teisė, atitiks principus ar pamatinius motyvus, kurie pripažįstami turinčiais tvirtą padėtį esamoje teisėje. Aišku, kad tuomet, kai tam tikri įstatymai arba precedentai pasirodo esą neapibrėžti arba kai aiškioji teisė tyli, teisėjai paprastai nenusviedžia į šalį savo teisės knygų ir nepradeda nebeatsižvelgdami į esamą teisę patys kurti teisę. Spręsdami tokias bylas, teisėjai labai dažnai nurodo tam tikrą bendrą principą arba bendrą siekį ar tikslą, kurį, kaip galima manyti, išreiškia arba kelia kokia nors svarbi ir su atitinkama byla turinti ryšį teisės sritis ir kuris nurodo apibrėžtą šios neatidėliotinos sunkios bylos sprendimą. Tai išties yra „konstruktyvaus aiškinimo", kuris yra vienas iš ryškiausių Dworkino bylų sprendimo teorijos bruožų, branduolys. Bet nors ši procedūra iš tikrųjų atideda teisėjų teisėdaros mo-

* *Benjaminas Cardozo* – Niujorko teisininkas, žymus JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjas (1932–1938), teisės mokslininkas, teisėjų diskrecijos šalininkas. Žymiausi veikalai: *Teismo proceso esmė* (*Nature of the Judicial Process,* 1921), *Teisės vystymasis* (*Growth of the Law,* 1924), *Teisės mokslo paradoksai* (*Paradoxes of Legal Science,* 1928).

** Žymūs Anglijos XX a. I pusės teisėjai, teisėjų kuriamos teisės (*judge-made law*) doktrinos šalininkai.

mentą, ji jo neeliminuoja, nes kiekvienoje sunkioje byloje gali iškilti skirtingi konkuruojančias analogijas palaikantys principai, todėl teisėjas dažnai turės iš jų rinktis, vadovaudamasis, kaip ir sąžiningas įstatymų leidėjas, ne kokia nors teisės jam įpiršta jau nustatyta prioritetų tvarka, bet savo paties supratimu apie tai, kas yra geriausia. Teisėjų teisėdaros momentas būtų ne tik atidedamas, bet ir eliminuojamas tik tuo atveju, jeigu esama teisė visuomet ir visoms tokioms byloms galėtų pasiūlyti tam tikrą unikalią visumą aukštesniųjų principų, suteikiančių santykinį svorį arba prioritetus tokiems konkuruojantiems žemesnės eilės principams.

Kitos Dworkino kritinės pastabos dėl manosios teisėjų diskrecijos sampratos smerkia ją ne kaip deskriptyviai klaidingą, bet dėl to, kad ji skatinanti nedemokratinę ir neteisingą teisėdaros formą[74]. Teisėjai paprastai nėra renkami, o demokratijoje, pasak Dworkino, teisėdaros galias turėtų turėti tik išrinktieji tautos atstovai. Į tokią kritiką galima atsakyti įvairiai. Galių kurti teisę suteikimą teisėjams sprendžiant teisės nesureguliuotus ginčus galima vertinti kaip kainą, kurią yra būtina sumokėti, norint išvengti su tokiais alternatyviais reguliavimo metodais, kaip kreipimasis į įstatymų leidybos instituciją, susijusių nepatogumų; jeigu šias galias realizuojantys teisėjai yra suvaržyti ta prasme, kad jiems leidžiama ne koreguoti kodeksus arba diegti plataus masto reformas, bet tik kurti konkrečiose bylose iškilusioms specifinėms problemoms skirtas normas, tokia kaina gali atrodyti menka. Antra, gerai žinomas šiuolaikinių demokratijų bruožas yra ribotų legislatyvinių galių delegavimas vykdomajai valdžiai, todėl jų delegavimas teisėjams neturėtų atrodyti didesnė grėsmė demokratijai. Abiem delegavimo atvejais išrinktajai įstatymų leidybos institucijai paprastai liks galimybė kontroliuoti: ji galės anuliuoti arba pakeis-

[74] [*TRS* 84–5.]

ti bet kurį žemesnės galios teisės aktą, kurį ji laiko nepriimtinu. Tiesa, tuomet, kai įstatymų leidybos institucijos galias apriboja rašytinė konstitucija, o teismai turi plačias peržiūros galias, kaip yra JAV, gali paaiškėti, jog *demokratiškai išrinkta* įstatymų leidybos institucija negali atšaukti dalies teismų legislatyvinių aktų. Tada aukščiausiąją demokratinę kontrolę galima užtikrinti tik pasitelkiant gremėzdišką konstitucinės pataisos priėmimo mechanizmą. Tai yra toji kaina, kurią reikia mokėti už vyriausybės teisinius suvaržymus.

Dworkinas teisėjų teisėdarą kaltina dar ir neteisingumu; jis smerkia ją kaip retrospektyvios arba *ex post facto* teisėdaros formą, kuri, žinoma, paprastai yra laikoma neteisinga. Bet retrospektyvioji teisėdara laikoma neteisinga todėl, jog ji nuvilia pagrįstus lūkesčius tų, kurie atlikdami tam tikrus veiksmus rėmėsi prielaida, kad jų veiksmų teisines pasekmes lems žinoma teisinė tvarka, buvusi tuo metu, kai šie veiksmai buvo atliekami. Bet net jeigu šis prieštaravimas galioja tais atvejais, kai teismas retrospektyviai pakeičia arba panaikina nedviprasmiškai nustatytą teisę, jis toli gražu neatrodo įtikinamai sunkiųjų bylų atveju, nes tai yra tokie atvejai, kuriuos teisė paliko nevisiškai sureguliuotus ir kuriems nėra jokios aiškiai nustatytos ir galinčios pateisinti lūkesčius teisinės tvarkos.

PASTABOS

Šios knygos tekstas yra savarankiškas; skaitytojui gali atrodyti geriausia perskaityti kiekvieną skyrių ištisai prieš imantis šių pastabų. Teksto išnašose pateikiami tik citatų šaltiniai ir nuorodos į cituojamas bylas arba įstatymus. Šių pastabų tikslas – atkreipti skaitytojo dėmesį į trijų rūšių dalykus: (i) papildomas bendrų teksto teiginių iliustracijas arba pavyzdžius; (ii) veikalus, kuriuose tekste išdėstytos arba nurodytos pažiūros yra perimtos ir toliau plėtojamos arba kritikuojamos; (iii) pasiūlymus, kaip toliau būtų galima nagrinėti tekste iškeltus klausimus. Visos nuorodos į šią knygą yra pateikiamos nurodant skyrių ir skirsnių numerius, pavyzdžiui, I skyrius, 1 sk. Vartojamos tokios santrumpos:

Austin, *The Province*	Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. Hart, London, 1954)
Austin, *The Lectures*	Austin, *Lectures on the Philosophy of Positive Law*
Kelsen, *General Theory*	Kelsen, *General Theory of Law and State*
BYBIL	*Britisch Year Book of International Law*
HLR	*Harvard Law Review*
LQR	*Law Quarterly Review*
MLR	*Modern Law Review*
PAS	*Proceedings of the Aristotelian Society*

I skyrius

P. 44. Kiekviena iš šiame puslapyje pateiktų Llewellyno, Holmeso, Gray'aus, Austino ir Kelseno citatų paradoksaliai ir perdėtai pabrėžia tam tikrą teisės aspektą, kurį, autoriaus manymu, paslepia įprastinė teisės terminija arba kurį ankstesnieji teoretikai nepelnytai ignoravo. Kiekvieno žymaus teisininko atveju paprastai verta atidėti samprotavimus apie tai, ar jo teiginiai apie teisę patys savaime yra teisingi, ar klaidingi, ir visų pirma smulkiai išanalizuoti, kokiais motyvais jis šiuos teiginius grindžia, ir, antra, kokią teisės teoriją ar koncepciją šiais teiginiais siekiama išstumti iš apyvartos.

Toks paradoksalių ir hiperbolizuotų teiginių vartojimas kaip atmestųjų tiesų akcentavimo metodas yra būdingas filosofijai. Žr. J. Wisdom, „Metaphysics and Verification", in *Philosophy and Psycho-Analysis* (1953); Frank, *Law and the Modern Mind* (London, 1949), Appendix VII („Notes on Fictions").

Kiekvienos iš šių penkių citatų teigiamos arba iš jų numanomos doktrinos nagrinėjamos VII skyriaus 2 ir 3 sk. (Holmesas, Gray ir Llewellynas), IV skyriaus 3 ir 4 sk. (Austinas) ir III skyriaus 1 sk., p. 98–102 (Kelsenas).

P. 48–49. Tipiški atvejai ir ribiniai atvejai. Čia nurodyta kalbos savybė bendrai aptariama VII skyriaus 1 sk., pavadintame „Atviroji teisės struktūra"; ją reikia turėti galvoje ir mėginant sukonstruoti tokių terminų, kaip „teisė", „valstybė", „nusikaltimas" ir kt., apibrėžimus, ir bandant apibūdinti su bendrais terminais suformuluotų normų taikymu konkrečioms byloms susijusį argumentavimą. Iš teisės mokslininkų, savo veikaluose pabrėžusių šios kalbos savybės svarbą, paminėtini: Austin, *The Province,* Lecture VI, pp. 202–7, ir *Lectures in Jurisprudence* (5th edn., 1885), p. 997 („Note on Interpretation"); Glanville Williams, „International Law and the Controversy Concerning the Word „Law", *22 BYBIL* (1945), ir „Language in the Law" (penki straipsniai), *61* ir *62 LQR* (1945–46). Tačiau pastaruoju klausimu žr. J. Wisdomo ko-

mentarus: „Gods", „Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis", in *Philosophy and Psycho-Analysis* (1953).

P. 52. Austinas apie prievolę. Žr. *The Province,* Lecture I, pp. 14–18; *The Lectures,* Lectures 22, 23. Prievolės idėja bei skirtumai tarp „prievolės turėjimo" ir „privalėjimo" prievarta smulkiai nagrinėjami V skyriaus 2 sk. Apie Austino pateiktą analizę žr. pastabas II skyriui, p. 429–430.

P. 53–55. Teisinė ir moralinė prievolė. Teiginys, jog teisę geriausiai galima suprasti nurodant jos ryšį su morale, nagrinėjamas VIII ir IX skyriuose. Šis teiginys įgijo daug įvairių formų. Kartais, kaip antai klasikinėse ir scholastinėse prigimtinės teisės teorijose, šis tvirtinimas siejamas su teiginiu, kad fundamentalūs moraliniai skirtumai yra „objektyvios tiesos", kurias galima atrasti žmogaus protu; bet daugelis kitų teisininkų, ne mažiau suinteresuotų pabrėžti teisės ir moralės tarpusavio priklausomybę, nesilaiko šios pažiūros į moralės esmę. Žr. pastabas IX skyriui p. 459–460.

P. 59–60. Skandinavijos teisės teorija ir privalomosios normos idėja. Svarbiausieji šios mokyklos darbai skaitantiems angliškai yra: Hägerström (1868–1939), *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (trans. Broad, 1953) ir Olivecrona, *Law as Fact* (1939). Aiškiausiai jų požiūris į teisės normų pobūdį yra išsakytas: Olivecrona, op. cit. Jo pateiktąją teisės normų prediktyvistinės analizės kritiką, kuriai pritarė nemažai Amerikos teisininkų (žr. op. cit., pp. 85–8, 213–15), reikia lyginti su panašia kritika: Kelsen, *General Theory* (pp. 165 ff., „The Prediction of the Legal Function"). Verta panagrinėti, kodėl šie du teisininkai, nepaisant jų sutarimo daugeliu klausimų, prieina prie tokių skirtingų išvadų. Skandinavijos mokyklos kritiką žr.: Hart, review of Hägerström, op. cit., in *30 Philosophy* (1955); "Scandinavian Realism", *Cambridge Law Journal* (1959); Marshall, „Law in a Cold Climate", *Juridical Review* (1956).

P. 61. Skeptiškas požiūris į normas Amerikos teisės teorijoje. Apie tai žr. VII skyriaus „Formalizmas ir skeptiškas požiūris į normas" 1 ir 2 sk., kuriuose nagrinėjamos kai kurios svarbiausios doktrinos, žinomos „teisinio realizmo" pavadinimu.

P. 62. Abejonė dėl įprastų žodžių reikšmės. Apie „pasirašyti" arba „parašas" reikšmę žr.: 34 Halsbury, *Laws of England* (2nd edn.). paras. 165–9 ir In the Estate of Cook (1960), 1 AER 689 ir ten minimas bylas.

P. 64. Apibrėžimas. Apie bendrą šiuolaikinį požiūrį į apibrėžimo formas ir funkcijas žr. Robinson, *Definition* (Oxford, 1952). Tradicinio apibrėžimo *per genus et differentiam* kaip teisės terminų aiškinimo metodo netinkamumas nagrinėtas: Bentham, *Fragment on Government* (pastabos V skyriui, 6 sk.) ir Ogden, *Bentham's Theory of Fictions* (pp. 75–104). Taip pat žr.: Hart, „Definition and Theory in Jurisprudence", *70 LQR* (1954) ir Cohen and Hart, „Theory and Definition in Jurisprudence", *PAS* Suppl. vol. xxix (1955).

Apie termino „teisė" apibrėžimą žr.: Glanville Williams, op. cit.; R. Wollheim, „The Nature of Law", in *2 Political Studies* (1954) ir Kantorowicz, *The Definition of Law* (1958), Chapter I. Apie bendrą terminų apibrėžimų poreikį ir jų aiškinamąją funkciją, nors nė kiek neabejojama jų kasdieniu taikymu konkrečiais atvejais, žr.: Ryle, *Philosophical Arguments* (1945); Austin, „A Plea for Excuses", *57 PAS* (1956–7), pp. 15 ff.

P. 66–68. Bendrieji terminai ir bendrosios savybės. Nekritiškas įsitikinimas, kad jeigu bendras terminas (pavyzdžiui, „teisė", „valstybė", „nacija", „nusikaltimas", „geras", „teisingas") yra vartojamas teisingai, tai įvairūs atvejai, kuriems jis yra taikomas, visi turi pasižymėti „bendromis savybėmis", yra didelės painiavos šaltinis. Jurisprudencijoje, konstruojant apibrėžimus, buvo išeikvota daug laiko ir parodyta daug išradingumo bergždžiai bandant rasti bendrąsias savybes, kurios, vadovaujantis šiuo požiūriu, yra laikomos

vieninteliu pakankamu motyvu vartoti tą patį žodį žymėti daugeliui skirtingų dalykų (žr. Glanville Williams, op. cit. Tačiau svarbu pažymėti, kad ši klaidinga pažiūra į bendrų žodžių pobūdį ne visuomet, kaip mano šis autorius, sukelia tolesnę „verbalinių klausimų" painiavą).

Suprasti skirtingus būdus, kuriais gali būti susiję keli bendro termino vartojimo atvejai, yra ypač svarbu teisės, moralės ir politikos terminų atžvilgiu. Analogiją žr.: Aristotelis, *Nikomacho etika,* I, sk. 6 (kur tariama, kad šitaip gali būti susiję skirtingi „gėrio" atvejai); Austin, *The Province,* Lecture V, pp. 119–24. Apie skirtingas sąsajas su pagrindiniu atveju, pavyzdžiui, žodžio „sveikas", žr. Aristotelis, *Kategorijos,* sk. I, ir pavyzdžius *Topikoje,* I, sk. 15, ii, sk. 9 (apie „paronimus"). Apie „šeiminio panašumo" kategoriją žr. Wittgenstein, *Philosophical Investigations,* I, paras. 66–76. Plg. VIII skyriaus 1 sk. apie termino „teisingas" struktūrą. Wittgensteino patarimas (op. cit., para 66) yra glaudžiai susijęs su teisės ir politikos terminų analize. Aptardamas „žaidimo" apibrėžimą, jis sakė: „Nesakykite, kad *turi* būti kas nors bendra, antraip jie nebūtų vadinami „žaidimais", bet *žiūrėkite* ir *matykite,* ar yra kas nors bendra jiems visiems. Juk jeigu jūs žiūrėsite į juos, jūs matysite ne ką nors bendra jiems *visiems,* bet panašumus, santykius ir daugybę kitų panašių dalykų".

II skyrius

P. 72. Liepimų įvairovė. Liepimų skirstymas į „įsakymus", „maldavimus", „pastabas" ir t.t. priklauso nuo daugelio aplinkybių, kaip antai nuo socialinės situacijos, šalių ryšių bei jų ketinimo panaudoti jėgą; tai kol kas yra beveik nenagrinėtas klausimas. Dauguma filosofinių liepimams skirtų diskusijų yra susijusios arba (1) su santykiu tarp liepiamosios ir tiesioginės, arba deskriptyvios, kalbos ir su galimybėmis pirmąją redukuoti į antrąją (žr. Bohnert, „The Semiotic Status of Commands", *12 Philosophy of Science* (1945)), arba (2) su klausimu, ar liepimai yra susiję kokiu

nors dedukciniu ryšiu, o jeigu taip, tai kokiu (žr. Hare, „Imperative Sentences", *58 Mind* (1949); taip pat *The Language of Morals* (1952); Hofstadter and McKinsey, „The Logic of Imperatives", *6 Philosophy of Science* (1939); Hall, *What is Value* (1952), chap. 6; Ross, „Imperatives and Logic", *11 Philosophy of Science* (1944)). Studijuoti šiuos logikos klausimus yra svarbu, bet taip pat labai reikia skirti įvairius imperatyvus, nurodant kontekstines socialines situacijas. Klausimas, kokios yra tipiškos situacijų rūšys, kur gramatine liepiamąja nuosaka suformuluoti sakiniai paprastai būtų priskiriami „įsakymų", „maldavimų", „prašymų", „komandų", „nurodymų", „instrukcijų" ir t.t. klasėms, yra ne tik kalbos faktų, bet ir kalboje pripažintų įvairių socialinių situacijų bei santykių panašumų ir skirtumų nustatymo metodas. Jų suvokimas yra labai svarbus studijuojant teisę, moralę ir sociologiją

P. 72. Liepimai kaip pageidavimo, kad kiti elgtųsi tam tikru būdu arba susilaikytų nuo tam tikrų veiksmų, išraiška. Šitaip apibūdinant tipišką liepiamosios nuosakos vartoseną kalboje, reikia būti atsargiems ir skirti tokį atvejį, kai kalbėtojas tiesiog praneša, jog jis nori, kad kitas atliktų tam tikrus veiksmus, ir taip pateikia tam tikrą informaciją apie save patį, ir tokį atvejį, kai jis kalbėdamas siekia kitą asmenį paskatinti elgtis taip, kaip nori kalbantysis. Pirmuoju atveju paprastai tiktų tiesioginė, o ne liepiamoji nuosaka (apie šį skirtumą žr. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals,* chap. 3, 4, pp. 16–26). Apibūdinti tipiškam liepiamosios nuosakos vartojimui nepakanka, nors ir būtina kad kalbantysis turėtų tikslą paskatinti kitą asmenį elgtis taip, kaip nori kalbantysis; taip pat yra būtina, kad kalbantysis norėtų, jog žmogus, į kurį kreipiamasi, suvoktų, kad tai ir yra jo kalbėjimo tikslas, ir šitaip būtų paskatintas elgtis taip, kaip pageidauja kalbantysis. Apie šį keblumą (kuris tekste yra ignoruojamas) žr. Grice, „Meaning", *66 Philosophical Review* (1957), ir Hart, „Signs and Words", *11 Philosophical Quarterly* (1952).

P. 73. Plėšiko situacija, įsakymai ir paklusimas. Vienas iš sunkumų, su kuriais tenka susidurti analizuojant bendrąją „liepimo" savoką, yra tas, kad nėra jokio žodžio, žyminčio tai, kas bendra įsakymams, komandoms, prašymams ir daugeliui kitų panašių dalykų, t.y. išreiškiančio norą, kad kitas asmuo atliktų tam tikrą veiksmą arba jo neatliktų, kaip nėra jokio vieno žodžio, žyminčio tokio veiksmo atlikimą arba susilaikymą nuo jo. Visi paprastai vartojami posakiai (pavyzdžiui, „įsakymai", „reikalavimai", „paklusimas", „laikymasis") būna nuspalvinti specifiniais skirtingų situacijų, kuriose jie dažniausiai vartojami, požymiais. Net labiausiai bespalvis iš šių posakių, būtent „pasakyti, kad", suponuoja tam tikrą vienos šalies pranašumą prieš kitą. Norėdami aprašyti plėšiko situaciją, mes pasirinkome posakius „įsakymai" ir „paklusimas", nes būtų visai suprantama pasakyti, kad plėšikas *įsakė* tarnautojui atiduoti pinigus, o tarnautojas *pakluso.* Tiesa, abstraktūs daiktavardžiai „įsakymai" ir „paklusimas" šiaip jau nebūtų vartojami šiai situacijai apibūdinti, nes ir su vienu, ir su kitu iš šių žodžių siejama dažnai teigiama savybe laikoma autoritetinga valdžia. Bet ir aiškindami teisės teoriją, traktuojančią teisę kaip prievartinius įsakymus, ir ją kritikuodami daiktavardžius „įsakymai" ir „paklusimas", kaip ir veiksmažodžius „įsakyti" ir „paklusti", mes vartojome neatsižvelgdami į šią autoritetingos valdžios arba tinkamumo potekstę. Tai yra patogumo dalykas, neišreiškiantis jokios išankstinės nuostatos jokiu klausimu. Ir Benthamas (*Fragment of Government,* sk. I, pastaba § 12), ir Austinas (*The Province,* p. 14) vartojo žodį „paklusimas" šia prasme. Benthamas suvokė čia paminėtus sunkumus(žr. *Of Laws in General,* 298 n.a.).

P. 75. Teisė kaip prievartiniai įsakymai: ryšys su Austino doktrina. Šio skyriaus 2-ame skirsnyje sukonstruotas paprastas teisės kaip prievartinių įsakymų modelis skiriasi nuo Austino knygoje *The Province* išdėstytos doktrinos šiais atžvilgiais.

(a) Terminija. Vietoj žodžio „komanda" vartojami posakiai „grasinimais paremti įsakymai" ir „prievartiniai įsakymai"; priežastys nurodytos tekste.

(b) Įstatymų bendras pobūdis. Austinas (op. cit., p. 19) įžvelgia skirtumą tarp „įstatymų" ir „konkrečių komandų"; jis teigia, kad komanda yra įstatymas, jeigu ji „bendrai įpareigoja atlikti veiksmus, priklausančius tam tikrai klasei, arba susilaikyti ir jų neatlikti". Pagal šį požiūrį, komanda būtų įstatymas net ir tuo atveju, kai suverenas ją „adresuotų" vieninteliam individui, jeigu ja būtų reikalaujama, kad jis atliktų arba susilaikytų ir neatliktų tam tikros klasės arba rūšies veiksmus, ne tik vieną veiksmą arba keletą skirtingų individualiai apibrėžtų veiksmų. Tekste sukonstruotos teisinės sistemos modelyje įsakymai yra bendri ir ta pasme, kad jie yra taikomi individų klasėms, ir ta, kad jie nurodo veiksmų klases.

(c) Baimė ir prievolė. Kartais Austinas daro prielaidą, jog asmuo yra įpareigotas arba privalo tik tuo atveju, jeigu jis *iš tikrųjų* bijo sankcijos (op. cit., pp. 15 ir 24, ir *The Lectures,* Lecture 2 (5th edn., p. 444): „Šalis yra *įpareigota* arba *privalo* tai daryti arba susilaikyti dėl to, kad jai yra nemalonus blogis ir ji to blogio bijo"). Tačiau jo pagrindinei doktrinai, atrodo, pakanka, kad būtų *„menkiausia* galimybė padaryti menkiausią blogį", nesvarbu, ar žmogus to bijo, ar ne (*The Province,* p. 16). Teisės kaip prievartinių įsakymų modelyje mes darėme išlygą, jog turi būti *„apskritai tikima",* kad nepaklusimas sukels blogį, kuriuo yra grasinama.

(d) Galia ir teisinė pareiga. Analizuodamas komandą ir prievolę, Austinas iš pradžių daro prielaidą, kad komandos autorius tikrai turi turėti galią (būti „galintis ir norintis") įvykdyti eventualųjį blogį; bet vėliau šį reikalavimą jis sušvelnina iki menkiausios galimybės padaryti menkiausią blogį (op. cit., pp. 14, 16). Apie šiuos Austino pateiktų komandos ir prievolės apibrėžimų prieštaringumus žr. Hart, „Legal and Moral Obligation", in Melden, *Essays in Moral Philosophy* (1958), ir V skyriaus 2 sk.

(e) Išimtys. Austinas deklaratyvius įstatymus, leidžiančiuosius įstatymus (pavyzdžiui, panaikinančius teisės aktus) ir neužbaigtus įstatymus traktuoja kaip jo bendro teisės apibrėžimo, sukonstruo-

to remiantis komandos sąvoka, išimtis (op. cit., pp. 25–9). Šio skyriaus tekste į tai neatsižvelgiama.

(f) Įstatymų leidėjas kaip suverenas. Nors Jungtinėje Karalystėje vienintelė nauda, kurią elektoratui teikia jo suverenitetas, yra galimybė paskirti savo atstovus ir deleguoti jiems likusias savo suverenias galias, Austinas buvo įsitikinęs, jog demokratijoje suverenitetas priklauso elektoratui, o ne jo atstovams įstatymų leidybos institucijoje. Nors Austinas teigė, kad „tiksliai kalbant" tokia yra tikroji pozicija, bet jis (kaip visi autoriai konstitucionalistai) leido sau kalbėti apie Parlamentą kaip apie suvereniteto turėtoją (op. cit., Lecture VI, pp. 228–35). Šio skyriaus tekste tokia įstatymų leidybos institucija, kaip parlamentas, yra tapatinama su suverenu; bet žr. IV skyrių, kuriame pateikiama smulkesnė šio Austino doktrinos aspekto analizė.

(g) Austino doktrinos padailinimai ir sušvelninimai. Tolesniuose šios knygos skyriuose smulkiai nagrinėjamos tam tikros idėjos, kurios buvo pasitelktos ginant Austino teoriją nuo kritikos, tačiau neatgaminamas tas jų modelis, kuris buvo sukonstruotas šiame skyriuje. Šias idėjas pasiūlė pats Austinas, nors kai kada tik schematiškai arba tik jų užuomazgas, tarsi laukdamas vėlesniųjų autorių, pavyzdžiui, Kelseno, doktrinų. Tai „tylios" komandos sąvoka (žr. III skyriaus 3 sk., p. 111 ir IV skyriaus 2 sk., p. 135); pripažinimas niekiniu kaip sankcija (III skyriaus 1 sk.); doktrina, jog „tikroji" teisė yra pareigūnams adresuojama norma, reikalaujanti, kad jie taikytų sankcijas (III skyriaus 1 sk.); elektoratas kaip ypatingoji suvereni įstatymų leidybos institucija (IV skyriaus 4 sk.); suverenaus organo vieningumas ir tęstinumas (IV skyriaus 4 sk., p. 156–157.). Kiekvienąkart, vertinant Austiną, reikia atsižvelgti į W. L. Morison, „Some Myth about Positivism", *68 Yale Law Journal,* 1958, kur koreguojami dideli anksčiau rašiusiųjų apie Austiną suklydimai. Taip pat žr. A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico* (1959), sk. 5.

III skyrius

P. 83. Teisės įvairovė. Bandymai suformuluoti bendrąjį teisės apibrėžimą nustelbė įvairių teisės normų tipų formų ir funkcijų skirtumus. Šioje knygoje įrodinėjama, kad prievoles arba pareigas nustatančių normų ir galias suteikiančių normų skirtumai jurisprudencijai turi lemiamą reikšmę. Teisę geriausiai galima suvokti kaip šių dviejų normų tipų junginį. Vadinasi, tai yra pagrindinis šiame skyriuje pabrėžiamas teisės normų tipų skirtumas, bet galima, o kai kada atsižvelgiant į keliamus tikslus ir reikia nubrėžti daug kitokių skirtumų (apie tolesnes įstatymų klasifikacijas, nušviečiančias ir atspindinčias jų įvairias socialines funkcijas, kurias dažnai liudija jų lingvistinė forma, žr. Daube, *Forms of Roman Legislation* (1956)).

P. 84–86. Pareigos baudžiamojoje ir civilinėje teisėje. Sutelkę dėmesį į skirtumą tarp pareigas nustatančių normų ir galias suteikiančių normų, mes ignoravome daugelį skirtumų tarp pareigų baudžiamojoje teisėje ir pareigų deliktinėje ir sutarčių teisėje. Kai kurie teoretikai, kuriems šie skirtumai padarė įspūdį, tikino, kad sutartyse ir deliktuose „pirminės" arba „hipotezės" pareigos atlikti veiksmus ar susilaikyti nuo jų (pavyzdžiui, atlikti tam tikrą sutartyje numatytą veiksmą arba susilaikyti nuo šmeižto) yra iliuzinės, o vienintelės „tikrosios" pareigos yra su teisinės gynybos priemonėmis arba su sankcijomis susijusios pareigos sumokėti kompensaciją tam tikromis aplinkybėmis, taip pat jeigu neatliekama vadinamoji pirminė pareiga (žr. Holmes, *The Common Law,* chap. 8, kritikuotas Buckland, *Some Reflections on Jurisprudence,* p. 96, ir „The Nature of Contractual Obligation", *8 Cambridge Law Journal* (1944); plg. Jenks, *The New Jurisprudence,* p. 179).

P. 86 Prievolė ir pareiga. Anglų ir amerikiečių teisėje šie terminai šiandien yra beveik sinonimai, nors, išskyrus abstrakčius teisės reikalavimų aptarimus (pavyzdžiui, teisinės prievolės kaip moralinės prievolės priešybės analizę), apie baudžiamąją teisę ne-

įprasta kalbėti kaip apie prievoles nustatančią teisę. Žodį „prievolė" teisininkai turbūt dažniausiai vartoja kalbėdami apie sutartis arba kitus atvejus, tokius kaip prievolė padarius teisės pažeidimą sumokėti kompensaciją, kai apibrėžtas asmuo turi teisę prieš kitą apibrėžtą asmenį (teisė *in personam**). Kitais atvejais dažniau yra vartojamas žodis „pareiga". Tai ir viskas, kas šiuolaikinėje anglų kalbos teisinėje vartosenoje yra likę iš romėnų *obligatio*** kaip *vinculum juris****, susaistančių apibrėžtus individus (žr. Salmond, *Jurisprudence,* 11th edn., chap. 10, p. 260; chap. 21; taip pat plg. V skyriaus 2 sk.).

P. 87. Galias suteikiančios normos. Kontinentinėje jurisprudencijoje galias suteikiančios normos kartais vadinamos „kompetencijos normomis" (žr. Kelsen, *General Theory,* p. 90, ir A. Ross, *On Law and Justice* (1958), pp. 34, 50–9, 203–25). Rossas skiria privačią ir socialinę kompetenciją (taigi ir privačius veiksmus, pavyzdžiui, sutartis, ir viešuosius teisės aktus). Jis taip pat pažymi, kad kompetencijos normos nenustato pareigų. „Kompetencijos norma pati savaime nėra direktyva; ji nenustato procedūros kaip pareigos <...>. Kompetencijos norma pati savaime neskelbia, kad kompetentingasis asmuo įpareigojamas realizuoti savo kompetenciją" (op. cit., p. 207). Tačiau reikia pažymėti, jog, nepaisant įžvelgtų skirtumų, Rossas laikosi pažiūros, kurią mes šiame skyriuje kritikuojame (p. 98–102), kad kompetencijos normas galima redukuoti į „elgesio normas", nes abu normų tipai turi „būti interpretuojami kaip direktyvos teismams" (op. cit., p. 33).

Analizuojant įvairių mėginimų eliminuoti skirtumą tarp šių dviejų normos tipų arba parodyti, jog šis skirtumas yra tik paviršutiniškas, kritiką tekste, reikia prisiminti kitokias nei teisė socialinio gyvenimo formas. Moralėje nekonkrečios normos, apibrėžiančios, ar asmuo yra davęs jį saistantį pažadą, suteikia individams ribotas moralinės įstatymų leidybos galias, todėl jas reikia

* Asmeniui *(lot.)*.
** Prievolė *(lot.)*.
*** Teisiniai pančiai *(lot.)*.

skirti nuo normų, kurios nustato pareigas *in invitum** (žr. Melden, „On Promising", *65 Mind* (1956); Austin, „Other Minds", *PAS* Suppl. vol. xx (1946), perspausdinta *Logic and Language,* 2nd series; Hart, „Legal and Moral Obligation", in Melden, *Essays on Moral Philosophy*). Šiuo požiūriu taip pat gali būti nagrinėjamos bet kurio sudėtingo žaidimo taisyklės. Kai kurios taisyklės (analogiškos baudžiamajai teisei), grasindamos bauda, draudžia tam tikras elgesio rūšis, pavyzdžiui, plūsti teisėją arba neklausyti. Kitos taisyklės apibrėžia žaidimo pareigūnų (teisėjo, taškų skaičiuotojo arba ringo teisėjo) jurisdikciją; dar kitos apibrėžia tai, kas turi būti daroma norint pelnyti taškus (pavyzdžiui, įvarčius arba perbėgimus). Norint atlikti perbėgimą arba įmušti įvartį, reikia patenkinti šias sąlygas, – tai yra lemiama fazė siekiant laimėti; šių sąlygų nepatenkinimas yra įvarčio neįmušimas, ir šia prasme tai yra „paskelbimas niekiniu". Čia prima facie yra skirtingas funkcijas žaidime atliekančių taisyklių skirtingi tipai. Vis dėlto teoretikas galėtų teigti, jog šiuos tipus galima ir reikia redukuoti į vieną tipą arba dėl to, kad įvarčio neįmušimas („paskelbimas niekiniu") gali būti laikomas „sankcija" arba bauda už draudžiamą elgesį, arba dėl to, kad visas taisykles galima interpretuoti kaip nurodymus pareigūnams tam tikromis aplinkybėmis imtis tam tikrų žingsnių (pavyzdžiui, užfiksuoti rezultatą arba pašalinti žaidėjus iš aikštės). Tačiau šių dviejų taisyklės tipų redukavimas minėtuoju būdu į vieną tipą reikštų, kad jų pobūdis tampa tik dar miglotesnis, o tai, kas žaidime yra svarbiausia, subordinuojama tam, kas yra antraeilis dalykas. Verta panagrinėti, ar šiame skyriuje kritikuojamos redukcionistinės teisės teorijos panašiai supainioja įvairias skirtingų teisės normų tipų funkcijas socialinės veiklos sistemoje, kuriai šios normos priklauso.

P. 88–90. Teismo galias suteikiančios normos ir papildomos teisėjų pareigas nustatančios normos. Nors tą patį elgesį galima traktuoti *ir* kaip jurisdikcijos ribų peržengimą, dėl kurio teismo spren-

* Prieš kitos šalies valią *(lot.)*.

dimas gali būti anuliuotas kaip niekinis, *ir* kaip pareigos, kurią nustatė specialioji norma, reikalaujanti, kad teisėjas neperžengtų savo jurisdikcijos ribų, nevykdymą, skirtumas tarp šių dviejų normų tipų išlieka. Taip būtų tuo atveju, jeigu nagrinėjančiam bylą teisėjui būtų galima uždrausti peržengti jo jurisdikcijos ribas (arba kitu būdu elgtis taip, kad jo sprendimas būtų pripažįstamas negaliojančiu) arba jeigu už tokį elgesį būtų nustatytos bausmės. Panašiai jeigu teisiškai subjektu negalintis būti asmuo dalyvauja oficialiame procese, jam gali būti skiriama bausmė, o procesas pripažįstamas negaliojančiu. (Apie tokią bausmę žr. 1933 m. Vietos savivaldos aktą, 76 str.; *Rands* v. *Oldroyd* (1958), 3 AER 344. Tačiau šis Aktas nustato, jog vietinės valdžios procesas neturi būti pripažįstamas negaliojančiu dėl to, kad jos narių subjektiškumas turėjo trūkumų (ib., Schedule III, Part 5 (5)).

P. 95. Pripažinimas niekiniu kaip sankcija. Austinas priima šį požiūrį, bet jo neplėtoja *(The Lectures,* Lecture 23), bet žr. kritiką: Buckland, op. cit., chap. 10.

P. 98. Galias suteikiančios normos kaip pareigas nustatančių normų fragmentai. Šios teorijos kraštutinį variantą drauge su teorija, skelbiančia, jog pirminės teisės normos – tai normos, reikalaujančios, kad teismai arba pareigūnai tam tikromis sąlygomis taikytų sankcijas, išplėtojo Kelsenas (žr. *General Theory,* pp. 58–63 ir (su nuorodomis į konstitucinę teisę) ib., 143–4. „Taigi konstitucijos normos nėra nepriklausomos užbaigtos normos; jos yra būdingos visų teisės normų, kurias turi taikyti teismai ir kiti organai, sudedamosios dalys"). Šią doktriną sušvelnina tai, kad ji apsiriboja „statiška" teisės samprata, skirtinga nuo „dinamiškos" teisės sampratos (ib., p. 144). Kelseno aiškinimą taip pat komplikuoja jo teiginys, esą privačias galias, pavyzdžiui, sudaryti sutartį, suteikiančių normų atveju „antrinė norma" arba sutarties sukurtos pareigos nėra „tik papildoma teisės teorijos konstrukcija" (op. cit., p. 90 ir 137). Bet iš esmės šiame skyriuje kritikuojama Kelseno teorija. Paprastesnį variantą žr. Rosso doktrinoje,

kad „kompetencijos normos yra netiesiogiai suformuluotos elgesio normos“ (Ross, op. cit., p. 50). Nuosaikesnę teoriją, redukuojančią visas normas į pareigas sukuriančias normas, žr. Bentham, *Of Laws in General,* chap. 16, Appendices A–B.

P. 103. Teisinės pareigos kaip numatymas ir sankcijos kaip mokesčiai už elgesį. Apie abi šias teorijas žr. Holmes, „The Path of the Law“ (1897), in *Collected Legal Papers.* Holmesas manė, jog būtina pareigos idėją nuplauti „cinizmo rūgštimi“, nes ji painiojama su moraline pareiga. „Mes suteikiame žodžiui visą tą turinį, kurį imame iš moralės“ (op. cit., 173). Bet teisės normų kaip elgesio modelių koncepcija nereiškia, jog jas reikia tapatinti su moralės standartais (žr. V skyriaus 2 sk.). Holmeso, identifikavusio pareigą su „pranašyste, kad jeigu jis [blogasis žmogus] darys tam tikrus dalykus, jis patirs nepageidaujamas pasekmes“ (loc. cit.), kritiką žr. A. H. Campbell, Review of Frank's „Courts on trial“, *13 MLR* (1950), taip pat V skyriaus 2 sk., VII skyriaus 2 ir 3 sk.

Amerikos teismams buvo sunku atskirti baudą nuo mokesčio, atsižvelgiant į JAV Konstitucijos I straipsnio 8-ą skirsnį, suteikiantį Kongresui galią nustatyti mokesčius. Žr. *Charles C. Steward Machine Co.* v. *Davis,* 301 US 548 (1937).

P. 105. Individas kaip pareigos turėtojas ir kaip privatus įstatymų leidėjas. Plg. Kelseno teisinio subjektiškumo ir privačios autonomijos sampratas (*General Theory,* pp. 90, 136).

P. 107. Įstatymų leidėją susaistanti įstatymų leidyba. Liepimų teisės teorijų kritiką, grindžiamą mintimi, jog įsakymai ir komandos gali būti taikomi tik kitiems asmenims, žr. Baier, *The Moral Point of View* (1958), pp. 136–9. Tačiau kai kurie filosofai priima sau adresuojamos komandos idėją ir netgi naudoja ją savojoje pirmojo asmens moralinio sprendimo analizėje (žr. Hare, *The Language of Morals,* sk. 11 ir 12 apie „reikia“). Apie tekste mini-

mą įstatymų leidybos ir pasižadėjimo analogiją žr. Kelsen, *General Theory,* p. 36.

P. 110–111. Paprotys ir tyliosios komandos. Tekste kritikuojama doktrina yra Austino (žr. *The Province,* Lecture I, pp. 30–3 ir *The Lectures,* Lecture 30). Apie tyliosios komandos sąvoką ir jos vartojimą liepimų teorijos požiūriu aiškinant įvairių teisės formų pripažinimą žr. Benthamo „priėmimo" ir „pasidavimo" doktrinas: *Of Laws in General,* p. 21; Morison, „Some Myth about Positivism", *68 Yale Law Journal* (1958), taip pat IV skyriaus 2 sk. Tyliosios komandos sąvokos kritiką žr. Gray, *The Nature and Sources of the Law,* ss. 193–9.

P. 115. Liepimų teorijos ir įstatymų aiškinimas. Doktriną, kad įstatymai iš esmės yra įsakymai, vadinasi, įstatymų leidėjo valios arba ketinimų išraiška, galima kritikuoti įvairiai, ne tik tais būdais, kurie buvo pasiūlyti šiame skyriuje. Kai kurie kritikai ją paskelbė atsakinga už klaidingą įstatymų aiškinimo užduoties koncepciją, pagal kurią įstatymų aiškinimas – tai bandymas nustatyti įstatymų leidėjo „ketinimus", nepaisant tos aplinkybės, kad ten, kur įstatymų leidybos institucija yra sudėtingas dirbtinis darinys, bandant rasti arba sukurti jos ketinimų įrodymus ne tik galima susidurti su sunkumais, bet ir pats posakis „įstatymų leidybos institucijos ketinimai" neturi jokios aiškios prasmės (žr. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals,* chap. iii, pp. 74–97; o apie įstatymų leidėjo ketinimų idėjos fikciją žr. Payne, „The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statute", *Current Legal Problems* (1956); apie įstatymų leidėjo „valią" plg. Kelsen, *General Theory,* p. 33).

IV skyrius

P. 116. Austinas apie suverenitetą. Šiame skyriuje nagrinėjama suvereniteto teorija yra išplėtota Austino knygoje *The Province,*

(V ir VI paskaitos). Mes jį interpretavome ne tik kaip siūlantį tam tikrus formalius apibrėžimus arba abstrakčią schemą, kuria remiantis logiškai konstruojama teisinė sistema, bet kaip teigiantį, kad visose visuomenėse, tokiose kaip Anglija arba Jungtinės Valstijos, kuriose yra teisė, turi būti ir suverenas, pasižymintis Austino nurodytomis savybėmis, nors jo buvimą gali maskuoti įvairios konstitucinės ir teisinės formos. Kai kurie teoretikai Austiną interpretavo kitaip – kaip šito neteigiantį (žr. Stone, *The Province and Function of Law,* sk. 2 ir 6, ypač pp. 60, 61, 138, 155, kur Austino pastangos identifikuoti suvereną įvairiose bendruomenėse traktuojamos kaip nevykę nukrypimai nuo jo pagrindinio tikslo). Šios Austino pažiūros kritiką žr. Morison, „Some Myth about Positivism", loc. cit., pp. 217–22. Plg. Sidgwick, *The Elements of Politics,* Appendix (A) „On Austin's Theory of Sovereignty".

P. 122. Legislatyvinės valdžios tęstinumas Austino teorijoje. Trumpos nuorodos knygoje *The Province* į asmenis, kurie „įgyja suverenitetą paveldėjimo būdu" (Lecture V, pp. 152–4) yra sugestyvios, bet miglotos. Atrodo, jog Austinas pripažįsta, kad, norint apibūdinti suvereniteto tęstinumą nurodant vienas kitą keičiančių suverenitetą įgyjančių asmenų įpėdinystę, reikia ne tik jo svarbiausiųjų „paklusimo iš įpročio" bei „komandų" sąvokų, bet ir dar kai ko, bet kitų elementų jis niekuomet aiškiai neidentifikavo. Jis ta proga kalba apie *„titulą"* ir apie *„pretenzijas"* paveldėti, taip pat apie *„legitimų"* titulą, nors visi šie paprastai vartojami posakiai nurodo, jog yra ne tik *įpročiai* paklusti vienas kitą keičiantiems suverenams, bet ir paveldėjimą reguliuojančios *normos*. Tai, kaip Austinas aiškina šiuos terminus, taip pat jo vartojamus posakius „rūšinis titulas" ir suvereniteto įgijimo „rūšinis būdas" reikia išskirti iš jo suvereno „apibrėžto" pobūdžio doktrinos (op. cit., Lecture V, pp. 145–55). Čia Austinas atveji, kai suverenu esantis asmuo arba asmenys yra identifikuojami individualiai, pavyzdžiui, vardu, skiria nuo atvejo, kai šie asmenys yra identifikuojami kaip „atitinkantys tam tikrą rūšies aprašymą". Antai (imki-

me paprasčiausią pavyzdį) paveldimoje monarchijoje rūšinis aprašymas gali būti toks: tam tikro protėvio „vyriausiasis gyvas vyriškos lyties palikuonis"; tuo tarpu parlamentinėje demokratijoje tai būtų labai sudėtingas aprašymas, nurodantis, kas lemia tinkamumą dalyvauti įstatymų leidybos institucijoje.

Atrodo, kad, Austino požiūriu, atitinkantis šį „rūšinį" aprašymą asmuo turi „titulą" arba „teisę" paveldėti. Bet šitoks suvereno paaiškinimas pateikiant rūšinį *aprašymą* šiam reikalui netinka, nebent Austinas tokiame kontekste turi galvoje paveldėjimą reguliuojančios akceptuotosios pripažinimo *taisyklės* „aprašymą". Juk, tiesą sakant, yra skirtumas tarp kiekvieno visuomenės nario *faktiško* paklusimo iš įpročio tam, kas tuo metu atitinka minėtąjį aprašymą, ir akceptavimo normos, pagal kurią turi būti paklūstama tam, kas atitinka šį aprašymą ir turi *teisę* arba *titulą* į tai, kad jam būtų paklūstama. Tai analogiška skirtumui tarp asmenų, tam tikru būdu stumdančių šachmatų figūras iš įpročio, ir tų, kurie daro tą patį, tačiau akceptuoja normą, jog tai yra *teisingas* ėjimas. Jeigu yra „teisė" arba „titulas", kurį reikia paveldėti, turi būti ir tokį paveldėjimą nustatanti norma. Austino rūšinių aprašymų doktrina negali pakeisti tokios normos, bet ji paprasčiausiai atskleidžia jos būtinumą. Apie tam tikra prasme panašią Austino nesugebėjimo priimti normos, apibūdinančios žmones kaip įstatymų leidėjus, sąvoką kritiką žr. Gray, *The Nature and Sources of the Law,* chap. iii, ss. 151–7. Austino samprotavimams V paskaitoje apie suverenaus organo vienybę ir korporacinį arba „kolegialų" teisnumą būdingas tas pats trūkumas (žr. šio skyriaus 4 sk.).

P. 123. Normos ir įpročiai. Čia akcentuojamas vidinis normų aspektas toliau aptariamas V skyriaus 2 sk., p. 173, ir 3 sk., p. 186, VI skyriaus 1 sk. ir VII skyriaus 3 sk. Taip pat žr. Hart, „Theory and Definition in Jurisprudence, *29 PAS* Suppl. vol. (1955), pp. 247-50. Panašų požiūrį žr.: Winch, „Rules and Habits", in *The Idea of a Social Science* (1958), chap. ii, pp. 57–65, chap. iii, pp. 84-94; Piddington, „Malinowski's Theory of Needs", in *Man and Culture* (ed. Firth).

P. 130. Fundamentalių konstitucinių normų visuotinis akceptavimas. Įvairios pareigūnų ir privačių piliečių pažiūros į teisės normas, susijusios su konstitucijos akceptavimu, vadinasi, ir su teisinės sistemos egzistavimu, toliau kompleksiškai nagrinėjamos V skyriaus 2 sk., p. 173–176, ir VI skyriaus 2 sk., p. 207–211. Taip pat žr. Jennings, *The Law of the Constitution* (3rd edn.), Appendix 3: „A Note on the Theory of Law".

P. 134. Hobbesas ir tyliųjų komandų teorija. Žr. *ante,* III skyriaus 3 sk. ir pastabas jam; taip pat Sidgwick, *Elements of Politics,* Appendix A. Apie iš dalies „realistinę" teoriją, skelbiančią, kad šiuolaikinės įstatymų leidybos institucijos išleisti įstatymai nėra teisė, kol jie nėra taikomi, žr.: Gray, *The Nature and Sources of Law,* chap. 4; J. Frank, *Law and the Modern Mind,* chap. 13.

P. 138. Legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai. Priešingai negu Austinas, Benthamas laikėsi požiūrio, kad aukščiausioji valdžia gali būti apribojama „specialia konvencija", o šią konvenciją pažeidžiantys įstatymai bus negaliojantys. Žr. *A Fragment on Government,* chap. 4, paras. 26, 34–8. Austino argumentas prieš suvereno valdžios teisinio apribojimo galimybę remiasi prielaida, kad būti taip apribotam reiškia turėti *pareigą.* Žr. *The Province,* Lecture VI, pp. 254–68. Faktiškai legislatyvinės valdžios teisiniai apribojimai – tai ne pareigos, bet *neteisnumas* (žr. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923), chap. I).

P. 140–141. Nuostatos dėl įstatymų leidybos būdo ir formos. Sunkumai, su kuriais susiduriama bandant išskirti šiuos esminius legislatyvinės valdžios apribojimus, toliau aptariami VII skyriaus 4 sk., p. 253–258. Išsamų skirtumo tarp suverenaus organo teisnumo „apibrėžimo" ir „suvaržymo" žr. Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth* (1957), chaps. 1–6.

P. 146. *Konstituciniai apribojimai ir teisminė kontrolė.* Apie konstitucijas, neleidžiančias vykdyti teisminę kontrolę, žr. Wheare,

Modern Constitution, chap. 7. Čia turimos galvoje Šveicarijos (išskyrus kantonų įstatymus), Prancūzijos Trečiosios Respublikos, Olandijos, Švedijos konstitucijos. Apie JAV Aukščiausiojo Teismo atsisakymą nagrinėti pareiškimus dėl antikonstitucingumo, kuriuose keliami „politiniai klausimai", žr.: *Luther* v. *Borden,* 7 Howard I 12 L. Ed. 581 (1849); Frankfurter, „The Supreme Court", in *14 Encyclopaedia of the Social Sciences,* pp. 474–6.

P. 155. Elektoratas kaip „ypatingoji įstatymų leidybos institucija". Apie Austino šios sąvokos vartojimą siekiant išvengti prieštaravimo, kad daugelyje sistemų yra nustatyti įprastinės įstatymų leidybos institucijos teisiniai apribojimai, žr. *The Province,* Lecture VI, pp. 222–33, 245–51.

P. 156–157. Įstatymų leidėjų privati ir oficiali kompetencija. Austinas dažnai skiria suverenaus organo narius „skyrium" ir „laikomus jų kolegialios ir suverenios kompetencijos turėtojais" (*The Province,* Lecture VI, pp. 261–6). Bet šis skirtumas yra susijęs su suverenaus organo legislatyvinę veiklą reguliuojančios normos idėja. Austinas, remdamasis netikusia „rūšinio aprašymo" sąvoka, tik užsimena apie oficialios arba kolegialios kompetencijos sąvokos analizę (žr. pastabą dėl p. 122.).

P. 159–160. Ribota keitimo galių sritis. Žr. Jungtinių Valstijų Konstitucijos V straipsnio provizo*. Vokietijos Federacinės Respublikos Pagrindinio Įstatymo 1 ir 20 straipsniai apskritai yra už 79 (3) straipsnio suteiktų keitimo galių ribų. Taip pat žr. Turkijos Konstitucijos (1945) 1 ir 102 straipsnius.

* *Provizo* – įstatymo arba kito teisės akto straipsnio ypatinga išlyga, prasidedanti žodžiu *provided...* (*jeigu...*); lietuviško atitikmens nėra – iš dalies tinkami terminai *hipotezė* ir *išlyga*.

V skyrius

P. 167. Prievolė kaip žalos, kuria grasinama, tikimybė. Apie prievolių „prediktyvistines" analizes žr.: Austin, *The Province,* Lecture I, pp. 15–24, ir *The Lectures,* Lecture 22; Bentham, *A Fragment on Government,* sk. 5, ypač § 6 ir pastaba; Holmes, *The Path of the Law.* Austino analizė kritikuojama: Hart, „Legal and Moral Obligation", in Melden, *Essays in Moral Philosophy.* Apie bendrąją prievolės sąvoką plg. Nowell-Smith, *Ethics* (1954), chap. 14.

P. 171–172. Prievolė ir saitų figūra („vinculum juris"). Žr. A. H. Campbell, *The Structure of Stairs Institute* (Glasgow, 1954), p. 31. *Pareiga** per prancūzų k. žodį *devoir*** yra kilusi iš lotyniško žodžio *debitum****. Taigi čia slypi skolos***** idėja.

P 172. Prievolė ir prievartos jautimas. Rossas analizuoja galiojimo sąvoką remdamasis dviem elementais – būtent normos efektyvumu ir „tuo, kaip ji jaučiama kaip motyvuojanti, t.y. socialiai įpareigojanti". Tai susiję su prievolės analize remiantis patirtus elgesio modelius lydinčiu psichiniu patyrimu. Žr. Ross, *On Law and Justice,* chaps. i, ii; *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntniss* (1933), p. 280. Nuodugnų pareigos idėjos ir jos ryšio su jausmu aptarimą žr. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals,* pp. 127–200; apie tai žr. Broad, „Hägerström's Account of Sense of Duty and Certain Allied Experiences", *26 Philosophy* (1951); Hart, „Scandinavian Realism" in *Cambridge Law Journal* (1959), pp. 236–40.

P. 173. Normų vidinis aspektas. Skirtumas tarp stebėtojui būdingo išorinio prediktyvistinio požiūrio ir normas akceptuojan-

* Angliškai *duty*.
** Pareiga, prievolė *(pranc.)*.
*** Skola, įsiskolinimas, prievolė. *(lot.)*.
**** Angliškai *debt*.

tiems bei jas orientyrais naudojantiems būdingo vidinio požiūrio aprašytas (nors kitu požiūriu): Dickinson, „Legal Rules. Their Function in the Process of Decision", *79 University of Pennsylvania Law Review,* p. 833 (1931). Plg. L. J. Cohen, *The Principles of World Citizenship* (1954), chap. 3. Reikia pažymėti, kad išoriniu, t.y. stebimosios visuomenės normų neakceptuojančio stebėtojo, požiūriu gali būti suformuluota daug skirtingų teiginių tipų: (i) stebėtojas gali tiesiog fiksuoti tų, kurie laikosi normų taip, lyg jos būtų tik įpročiai, elgesio dėsningumus, nenurodydamas to fakto, kad šiuos elgesio pavyzdžius visuomenės nariai laiko teisingo elgesio modeliais; (ii) be to, stebėtojas gali fiksuoti ir dėsningą priešišką reakciją į nukrypimus nuo įprasto elgesio pavyzdžių kaip įprastą dalyką, ir vėl nenurodydamas to fakto, kad tokius nukrypimus visuomenės nariai laiko tokių reakcijų motyvais bei jų pateisinimu; (iii) stebėtojas gali fiksuoti ne tik tokius stebimus elgesio dėsningumus bei reakcijas, bet taip pat *tą faktą, kad* visuomenės nariai akceptuoja tam tikras normas kaip elgesio modelius ir kad stebimąjį elgesį ir minėtąsias reakcijas *jie* laiko tokiais, kurių šios normos reikalauja arba kuriuos jos pateisina. Svarbu skirti išorinį teiginį apie faktą, kad visuomenės nariai akceptuoja tam tikrą normą, nuo vidinio teiginio apie normą, kurį formuluoja pats ją akceptuojantis asmuo. Žr. Wedberg, „Some Problems on the Logical Analysis of Legal Science", *17 Theoria* (1951); Hart, „Theory and Definition in Jurisprudence", *29 PAS* Suppl. vol. (1955), pp. 247–50. Taip pat žr. VI skyriaus 1 sk., p. 191–194 ir p. 200–201.

P. 176. Paprotinės normos primityviose bendruomenėse. Visuomenių, kuriose visiškai nebuvo įstatymų leidybos ir bylų sprendimo organų, buvo labai nedaug. Šiam būviui artimiausių visuomenių tyrinėjimus žr.: Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society;* A. S. Diamond, *Primitive Law* (1935), chap. 18; Llewellyn and Hoebel, *The Cheyenne Way* (1941).

P. 180. Bylų sprendimas, kai nėra organizuotų sankcijų. Apie primityvias visuomenes, kuriose laikomasi nuostatos ginčus spręsti tam tikromis užuomazginėmis bylų sprendimo formomis, bet nėra jokios centralizuotai organizuotų sankcijų sistemos, leidžiančios sprendimus taikyti prievarta, žr. Evans-Pritchard, *The Nuer* (1940), pp. 117 ff., cituojama Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse* (1955), p. 262, kur rašoma apie „tvarkingą anarchiją". Romos teisėje rafinuota bylinėjimosi sistema susiformavo gerokai anksčiau, negu buvo įjungtas valstybės mechanizmas, įgalinantis prievarta taikyti sprendimus civilinėse bylose. Iki vėlyvosios imperijos laikų bylą laimėjusiam ieškovui, jeigu atsakovas jam nesumokėdavo, buvo paliekama teisė jį suimti arba užvaldyti jo nuosavybę. Žr. Schulz, *Classical Roman Law,* p. 26.

P. 180. *Žingsnis iš ikiteisinio pasaulio į teisinį.* Žr. Baier, „Law and Custom" in *The Moral Point of View,* pp. 127–33.

P. 181. Pripažinimo taisyklė. Tolesnę diskusiją apie šį teisinės sistemos elementą ir jo ryšį su Kelseno fundamentaliąja norma *(Grundnorm)* žr. VI skyriaus 1 sk. ir X skyriaus 5 sk. ir pastabas jiems.

P. 181. Autoritetingųjų normų tekstai. Pagal tradiciją Romoje bronzos lentelės su XII lentelių įstatymais buvo išstatytos turgaus aikštėje; taip padaryta plebėjams reikalaujant, kad būtų skelbiami autoritetingieji teisės tekstai. Iš išlikusių negausių liudijimų neatrodo, kad XII lentelių įstatymai labai skyrėsi nuo tradicinių paprotinių normų.

P. 183. Sutartys, testamentai ir t.t. kaip legislatyvinių galių realizavimas. Šį palyginimą žr. Kelsen, *General Theory,* p. 136, kur teisinis sandoris apibūdinamas kaip „teisės kūrimo aktas".

VI skyrius

P. 188. Pripažinimo taisyklė ir Kelseno „fundamentalioji norma". Viena iš svarbiausiųjų šios knygos tezių yra ta, kad teisinės sistemos pagrindą sudaro ne visuotinis įprotis paklusti suverenui, kuriam nėra nustatyta jokių teisinių apribojimų, bet svarbiausioji norma – pripažinimo taisyklė, nustatanti autoritetingus galiojančių sistemos normų identifikavimo kriterijus. Ši tezė šiek tiek primena Kelseno fundamentaliosios normos koncepciją, bet dar labiau – Salmondo nepakankamai išrutuliotą „svarbiausiųjų teisės principų" koncepciją (žr. Kelsen, *General Theory,* pp. 110–24, 131–4, 369–73, 395–6; Salmond, *Jurisprudence,* 11th edn., p. 137, Appendix I). Tačiau šioje knygoje vartojama terminija skiriasi nuo tos, kurią vartojo Kelsenas, nes požiūris, kuriuo čia vadovaujamasi, skiriasi nuo Kelseno požiūrio šiais pagrindiniais aspektais.

1. Šioje knygoje klausimas, ar pripažinimo taisyklė apskritai yra ir koks yra jos turinys, t.y. kokie galiojimo kriterijai yra bet kurioje konkrečioje teisinėje sistemoje, laikomas nors sudėtingu, bet empiriniu fakto klausimu. Taip yra, nors, tiesą sakant, sistemos viduje veikiantis teisininkas, tvirtinantis, kad tam tikra konkreti norma galioja, paprastai ne *tiesiogiai pareiškia,* bet *tyliai remiasi kaip prielaida* tuo faktu, kad pripažinimo taisyklė (pagal kurią jis tikrina, ar konkreti norma galioja) egzistuoja kaip akceptuotoji sistemos pripažinimo taisyklė. Jeigu tuo būtų abejojama, šią neišsakytą prielaidą galima būtų nustatyti apeliuojant į faktus, t.y. į tikrąją sistemos teismų ir pareigūnų praktiką, kai jie identifikuoja jų taikomą teisę. Kelseno terminija, kuria jis fundamentaliąją normą apibūdina kaip „teisinę hipotezę" (ib., xv), „hipotetinę" (ib., 396), „postuluojamą svarbiausiąją normą" (ib., 113), „teisinėje sąmonėje egzistuojančią normą" (ib., 116), „prielaidą" (ib., 396), gal ir nėra visiškai nesuderinama su šioje knygoje pabrėžiama mintimi, jog klausimas, kokie teisinio galiojimo kriterijai yra bet kurioje teisinėje sistemoje, yra fakto klausimas, bet ji šią mintį supainioja. Tai yra fakto klausimas nepaisant tos ap-

linkybės, kad tai yra klausimas *apie* normos egzistavimą ir jos turinį. Plg. Ago, „Positive Law and International Law" in *51 American Journal of International Law* (1957), p. 703–7.

2. Kelsenas kalba apie fundamentaliosios normos *„galiojimo* prielaidą". Tekste (p. 199–201) nurodyta, kodėl visuotinai akceptuotos pripažinimo taisyklės galiojimo arba negaliojimo klausimas negali kilti skyrium nuo jos egzistavimo fakto klausimo.

3. Kelseno fundamentaliosios normos turinys tam tikra prasme visuomet yra tas pats; juk visose teisinėse sistemose ši norma yra tiesiog norma, nustatanti, jog turi būti paklūstama konstitucijai arba tiems, „kurie padėjo pirmosios konstitucijos pamatus" (*General Theory,* p. 115–16). Šis išorinis vienodumas gali būti apgaulingas. Jeigu įvairius teisės šaltinius konkrečiai apibrėžianti konstitucija yra gyva tikrovė ta prasme, kad ir sistemos teismai, ir pareigūnai iš tikrųjų identifikuoja teisę pagal konstitucijos nustatytus kriterijus, tokiu atveju konstitucija yra akceptuojama ir iš tikrųjų egzistuoja. Atrodo, jog nereikia kartoti, kad yra dar kita norma, dėl kurios ir turi būti paklūstama konstitucijai (arba tiems, kurie „padėjo jos pamatus"). Tai ypač akivaizdu ten, kur rašytinės konstitucijos nėra, kaip antai Jungtinėje Karalystėje*: čia, atrodo, nėra vietos normai, nustatančiai, kad „konstitucijai turi būti paklūstama", papildančiai normą, jog identifikuojant teisę reikia taikyti tam tikrus galiojimo kriterijus (pavyzdžiui, tai, kad aktą priima Karalienė Parlamente). Tai yra akceptuotoji norma; apibūdinti ją kaip tokią, kuriai reikia paklusti, būtų mistika.

4. Kelseno manymu (*General Theory,* pp. 373–5, 408–10), logiškai neįmanoma tam tikrą teisės normą laikyti galiojančia ir kartu moralės normą, draudžiančią elgtis taip, kaip reikalauja teisės norma, akceptuoti kaip morališkai įpareigojančią. Jokių panašių išvadų šioje knygoje išdėstyta teisinio galiojimo samprata neskatina daryti. Vienintelis motyvas vietoj posakio *„fundamentalioji* norma" vartoti posakį „pripažinimo taisyklė" yra tas, kad

* Žr. išnašą p. 252–253.

taip siekiama išvengti užuominos, jog palaikomas Kelseno požiūris į teisės ir moralės konfliktą.

P. 189. Teisės šaltiniai. Kai kurie autoriai skiria „formalius" arba „juridinius" teisės šaltinius nuo „istorinių" arba „materialiųjų" (Salmond, *Jurisprudence,* 11th edn., chap. v). Ši pažiūra yra kritikuojama (Allen, *Law in the Making,* 6th edn., p. 260), bet šis skirtumas, jeigu jis interpretuojamas kaip dviejų žodžio „šaltinis" reikšmių atskyrimas, yra svarbus (žr. Kelsen, *General Theory,* pp. 131–2, 152–3). Viena prasme (t.y. „materialia", „istorine") šaltinis yra tiesiog priežastinė arba istorinė įtaka, turėjusi reikšmės konkrečios teisės normos egzistavimui konkrečiu laiku ir konkrečioje vietoje; šia prasme tam tikrų šiuolaikinių Anglijos normų šaltinis gali būti Romos teisės normos arba kanonų teisės normos, arba netgi liaudies moralės normos. Bet kai sakoma, kad teisės šaltinis yra „įstatymas", žodis „šaltinis" nurodo ne tiesiog istorinį arba priežastinį sąlygotumą, bet vieną iš kalbamojoje teisinėje sistemoje akceptuotų teisinio galiojimo kriterijų. Tai, kad įstatymą išleido kompetentinga įstatymų leidybos institucija, yra atitinkamos įstatymo normos galiojimo *pagrindas,* o ne jos egzistavimo *priežastis.* Šį skirtumą tarp konkrečios teisės normos istorinio sąlygotumo ir jos galiojimo pagrindo galima nubrėžti tik toje sistemoje, kuri apima pripažinimo taisyklę, pagal kurią tam tikri dalykai (įstatymų leidybos institucijos vykdomas akto išleidimas, papročių praktika arba precedentas) yra akceptuojami kaip galiojančią teisę identifikuojantys požymiai.

Tačiau reali praktika šį aiškų istorinių arba priežastinių ryšių ir juridinių arba formalių šaltinių skirtumą gali padaryti neryškų; kaip tik dėl to tokie autoriai, kaip Allenas (op. cit.), šį skirtumą kritikavo. Tose sistemose, kuriose įstatymas yra formalus arba juridinis teisės šaltinis, bylą sprendžiantis teismas privalo remtis atitinkamu įstatymu, bet jam, be abejo, lieka plati laisvė aiškinti įstatymo formuluočių reikšmę (žr. VII skyriaus 1 sk.). Bet kartais teisėjui paliekama daug daugiau, negu aiškinimo laisvė. Kai tei-

sėjas mano, kad joks įstatymas arba kitoks formalus teisės šaltinis nereguliuoja jo sprendžiamos bylos, jis gali grįsti savo sprendimą, pavyzdžiui, Digestų* tekstu arba Prancūzijos teisininkų darbais (žr., pavyzdžiui, Allen, op. cit., 260 f). Teisinė sistema *nereikalauja*, kad jis remtųsi šiais šaltiniais, bet jeigu jis tai daro, tai yra akceptuojama kaip visiškai tinkama. Todėl jie yra kur kas daugiau, negu tik istorinis arba priežastinis sąlygotumas, nes šie raštai pripažįstami sprendimus pagrindžiančiais „gerais motyvais". Galbūt galima kalbėti apie tokius šaltinius, kaip „leistinieji" juridiniai šaltiniai, ir skirti juos nuo „privalomųjų" arba formalių juridinių šaltinių, tokių kaip įstatymas, ir nuo istorinių arba materialių šaltinių.

P. 192. Teisinis galiojimas ir efektyvumas. Kelsenas skiria teisinės tvarkos efektyvumą ir konkrečios normos efektyvumą; teisinė tvarka yra efektyvi kaip visuma (*General Theory*, pp. 41–2, 118–22). Jo įsitikinimu, norma galioja, jeigu ir tik jeigu ji priklauso sistemai, kuri yra efektyvi *kaip visuma*. Šią pažiūrą jis irgi išsako, tik kur kas migločiau, pareikšdamas, jog sistemos kaip visumos efektyvumas yra jos normų efektyvumo *conditio sine qua non* (būtina sąlyga), bet ne *conditio per quam* (pakankama sąlyga: *sed quaere)*. Šio skirtumo esmę, vartojant šios knygos terminiją, galima nusakyti taip. Bendras sistemos efektyvumas nėra teisinės sistemos pripažinimo taisyklės nustatytas galiojimo kriterijus, tačiau jis, nors tiesiogiai ir nepostuluojamas, imamas kaip prielaida visuomet, kai sistemos norma, remiantis jos galiojimo kriterijais,

* *Digestai*, arba *Pandektai* (*Digesta*, arba *Pandectae*) – dalis imperatoriui Justinianui vadovaujant 528–534 m. kodifikuotos Romos civilinės teisės *(Corpus iuris civilis)*, į kurią įeina ištraukos iš Romos teisės klasikų darbų (daugiausia privatinės teisės klausimais). Kitos Justiniano kodifikacijos sudedamosios dalys – Institutai *(Institutiones)*, Novelos *(Novellae Constitutiones)* ir Justiniano kodeksas *(Codex Justinianeus)*. Justiniano kodifikacija – vienas ankstyviausių ir didingiausių kodifikacijos bandymų; kodifikuotasis aktas, susidedantis iš minėtųjų keturių dalių, paprastai klaidingai (ar supaprastintai) vadinamas tiesiog Justiniano kodeksu, be to, turint galvoje pirmiausia Digestus.

yra identifikuojama kaip galiojanti sistemos norma, o jeigu sistema apskritai nėra efektyvi, nieko prasmingo apie galiojimą pasakyti negalima. Pažiūra, kurios laikomasi tekste, šiuo atžvilgiu skiriasi nuo Kelseno pažiūros, nes čia įrodinėjama, kad sistemos efektyvumas yra teiginių dėl galiojimo *normalus kontekstas,* tačiau vis dėlto ypatingomis aplinkybėmis tokie teiginiai gali būti prasmingi netgi tuo atveju, jeigu sistema jau nėra efektyvi (žr. *ante,* p. 101).

Kelsenas taip pat aptaria teisinės sistemos galimybę padaryti normos galiojimą priklausomą nuo jos ilgalaikio efektyvumo ir tai vadina *desuetudo**. Tokiu atveju (konkrečios normos) efektyvumas būtų vienas iš sistemos galiojimo kriterijų, o ne tik „prielaida" (op. cit., pp. 119–22).

P. 194. Galiojimas ir numatymas. Apie požiūrį, jog teiginys, kad teisė galioja, yra būsimojo teisėjų elgesio ir specifinio motyvuojančio jausmo numatymas, žr. Ross, *On Law and Justice,* chaps. 1, 2; kritika pateikiama: Hart, „Scandinavian Realism" in *Cambridge Law Journal* (1959).

P. 197. Konstitucijos su ribotomis keitimo galiomis. Žr. Vakarų Vokietijos ir Turkijos atvejus pastabose IV skyriui, *ante,* p. 441.

P. 202–203. Konvencionalios kategorijos ir konstitucinės struktūros. Tariamai išsamų skirstymą į „teisę" ir „konvenciją" žr. Dicey, *Law of the Constitution,* 10th edn., pp. 23 ff.; Wheare, *Modern Constitutions,* chap. I.

P. 203–204. Pripažinimo taiyklė: teisė ar faktas? Argumentus už ir prieš jos priskyrimą politinių faktų klasei žr. Wade, „The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal (1955),* ypač p. 189, ir Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth,* pp. 43–6.

* Neveikimas, neįpratimas *(lot.).*

P. 204. Teisinės sistemos egzistavimas, paklusimas iš įpročio ir pripažinimo taisyklės akceptavimas. Apie pavojus, kylančius pernelyg supaprastinus sudėtingą socialinį reiškinį, apimantį ir eilinių piliečių paklusimą, ir konstitucinių normų akceptavimą, privalomą pareigūnams, žr. IV skyriaus 1 sk., p. 130–131, ir Hughes, „The Existence of a Legal System", *35 New York University Law Review* (1960), p. 1010, kur šiuo požiūriu teisingai kritikuojama terminija, mano vartojama straipsnyje Hart, „Legal and Moral Obligation" in *Essays in Moral Philosophy* (Melden edn., 1958).

P. 212. Dalinis teisinės tvarkos žlugimas. Tekste užsiminta tik apie nedaugelį galimų tarpinių būklių tarp teisinės sistemos pilnakraujės ir normalios egzistencijos ir jos nebuvimo. Revoliucija teisės požiūriu aptariama Kelsen, *General Theory,* pp. 117 ff., 219 ff., taip pat išsamiai aprašoma Cattaneo knygoje *Il Concetto di Revoluzione nella Scienza del Diritto* (1960). Priešo okupacijos sukelti teisinės sistemos pertrūkiai gali įgyti daug skirtingų formų; kai kurie iš jų buvo suskirstyti į kategorijas tarptautinėje teisėje; žr. McNair, „Municipal Effects of Belligerent Occupation", *56 LQR* (1941); žr. taip pat teorinę diskusiją straipsnyje: Goodhart, „An Apology for Jurisprudence" in *Interpretations of Modern Legal Philosophies,* pp. 288 ff.

P. 214. Teisinės sistemos embriologija. Kolonijos išsivystymas į dominiją, aprašytas Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status,* 5th ed., yra studija, labai naudinga teisės teorijai. Taip pat žr. Latham, *The Law and the Commonwealth* (1949). Lathamas pirmasis interpretavo Sandraugos konstitucinę raidą kaip naujosios fundamentaliosios normos, turinčios „lokalines šaknis", formavimąsi. Taip pat žr. Marshall, op. cit., ypač sk. vii, kur rašoma apie Kanadą; Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth* (1960), chap. 4, „Autochtony".

P. 215. Legislatyvinės valdžios atsisakymas. Apie Westminsterio statuto 4 sk. teisines pasekmes žr.: Wheare, *The Statute of West-*

minster and the Dominion Status, 5th edn., pp. 297–8; *British Coal Corporation* v. *The King* (1935), AC 500; Dixon, „The Law and the Constitution", *51 LQR* (1935); Marshall, op. cit., pp. 146 ff; taip pat VII skyriaus 4 sk.

P. 216. Metropolijos sistemos nepripažinta nepriklausomybė. Diskusiją apie Airijos Laisvąją Valstybę žr.: Wheare, op. cit; *Moore* v. *AG for the Irish Free State* (1935), AC 484; *Ryan* v. *Lennon* (1935), IRR 170.

P. 216. Fakto konstatavimai ir teiginiai apie teisę, susiję su teisinės sistemos egzistavimu. Kelsenas (op. cit., pp. 373–83), kalbėdamas apie galimą municipalinės teisės ir tarptautinės teisės santykį („nacionalinės teisės prioritetas ar tarptautinės teisės prioritetas"), taria, jog teiginys, kad teisinė sistema egzistuoja, *turi* būti teiginys apie teisę, sukonstruotas iš vienos teisinės sistemos pozicijų žvelgiant į kitą ir akceptuojant kitą sistemą kaip „galiojančią" ir sudarančią vieningą sistemą. Sveiko proto diktuojamas požiūris, kad municipalinė teisė ir tarptautinė teisė yra skirtingos teisinės sistemos, reikalauja teiginį, jog teisinė sistema (nacionalinė ar tarptautinė) egzistuoja, traktuoti kaip fakto teiginį. Kelsenui tai yra nepriimtinas „pliuralizmas" (Kelsen, loc. cit.; Jones, „The „Pure" Theory of International Law", *BYBIL* 1935); žr. Hart, „Kelsen's Doctrine of the Unity of Law" in *Ethics and Social Justice,* vol. 4 of *Contemporary Philosophical Thought* (New York, 1970).

P. 217. Pietų Afrika. Išsamią svarbios teisinės pamokos, kurią galima gauti iš Pietų Afrikos konstitucinių sunkumų, analizę žr. Marshall, op. cit., chap. 11.

VII skyrius

P. 221. Normų perdavimas pavyzdžiu. Precedento sąvokos vartojimo šia prasme apibūdinimą žr. Levi, „An Introduction to Le-

gal Reasoning", s. 1 in *15 University of Chicago Law Review* (1948). Wittgensteinas (*Philosophical Investigations,* I, ss. 208–38) pateikia daug svarbių pastabų apie taisyklių mokymo ir jų laikymosi sampratas. Žr. diskusiją apie Wittgensteiną: Winch, *The Idea of Social Science,* pp. 24–33, 91–3.

P. 225. Žodžiais formuluojamų normų atviroji struktūra. Apie atvirosios struktūros idėją žr. Waismann, „Verifiability" in *Essays on Logic and Language,* I (Flew edn.), pp. 117–3. Apie jos ryšį su teisine argumentacija žr. Dewey, „Logical Method and Law", *10 Cornell Law Quarterly* (1924); Stone, *The Province and Function of Law,* chap. vi; Hart, „Theory and Definition in Jurisprudence", *29 PAS* Suppl. vol., 1955, pp. 258–64, ir „Positivism and the Separation of Law and Morals", *71 HLR* (1958), pp. 606–12.

P. 227. Formalizmas ir konceptualizmas. Artimi šių posakių sinonimai, vartojami teisės literatūroje, yra „mechaninė" arba „automatinė" jurisprudencija, „sąvokų jurisprudencija", „besaikis logikos naudojimas". Žr. Pound, „Mechanical Jurisprudence", *8 Columbia Law Review* (1908) ir *Interpretations of Legal History,* chap. 6. Ne visuomet tikrai aišku, kokią ydą nurodo šie terminai. Žr. Jensen, *The Nature of Legal Argument,* chap. I ir Honoré apžvalgą *(74 LQR* (1958), p. 226); Hart, op. cit., *71 HLR,* pp. 608–12.

P. 229. Teisiniai standartai ir specifinės normos. Geriausiai šių teisės kontrolės formų pobūdį ir ryšius tarp jų nušviečiantį aptarimą žr. Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law,* pp. 128–40.

P. 229–230. Kuriant administracines normas įdiegiami teisiniai standartai. Jungtinėse Valstijose federalinės reguliuojančiosios žinybos, kaip antai Valstijų tarpusavio prekybos komisija ir Federalinė prekybos komisija, kuria normas, įdiegiančias „sąžiningos konkurencijos", „teisingų ir pagrįstų kainų" ir kt. standartus (žr.

Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law,* pp. 6–18, 33–7). Anglijoje panašią normų kūrimo funkciją atlieka vykdomoji valdžia, tačiau ji paprastai apsieina be Jungtinėms Valstijoms būdingo formalaus kvaziteisminio suinteresuotųjų šalių išklausymo. Plg. Socialinio aprūpinimo nuostatus, priimtus pagal 1957 m. Fabrikų aktą, ir Statybos nuostatus, priimtus pagal to paties akto 60 str. Amerikietiškajam modeliui artimesnės yra 1947 m. Transporto akto nustatytos Transporto tribunolo galios spręsti „ginčus dėl mokėjimų" išklausius tuos, kurie atsisako mokėti.

P. 231. Rūpestingumo standartai. Aiškią pareigos imtis reikiamų atsargumo priemonių struktūros analizę žr. eksperto J. išvadoje *(US* v. *Carrol Towing Co.,* (1947), 159 F 2nd 169, 173). Apie tai, jog bendrus standartus tikslinga pakeisti konkrečiomis normomis, žr. Holmes, *The Common Law,* Lecture 3, pp. 111–19; šios pozicijos kritiką žr. Dickinson, op. cit., p. 146–50.

P. 232. Kontrolė pasitelkus specialiąsias normas. Apie sąlygas, lemiančias, kad griežtos ir tvirtos normos yra tinkamesnė kontrolės forma negu lankstūs standartai, žr. Dickinson, op. cit., pp. 128–32, 145–50.

P. 234–235. Precedentas ir teismų legislatyvinė veikla. Šiuolaikinį bendrą precedento naudojimo Anglijoje apibūdinimą žr. R. Cross, *Precedent in English Law* (1961). Tekste nurodytas siaurinimo procesas gerai žinomas iš *L. & S. W. Railway Co.* v. *Gomm* (1880), 20 Ch.D. 562, kur susiaurinama norma, suformuluota *Tulk* v. *Moxhay* (1848), 2 Ph. 774.

P. 236. Skeptiškų požiūrių į teisę įvairovė. Amerikiečių veikalai šiuo klausimu gali būti skaitomi kaip aiškinamoji diskusija. Antai argumentus, išdėstytus Frank, *Law and the Modern Mind* (chap. I, Appendix 2, „Notes on Rule Fetishism and Realism"), ir Llewellyn, *The Bramble Bush,* reikėtų svarstyti atsižvelgiant į: Dickinson,

„Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", *79 University of Pennsylvania Law Review* (1931); „The Law Behind the Law", *29 Columbia Law Review* (1929); „The Problem of the Unprovided Case" in *Recueil d'Études sur les sources de droit en l'honneur de F. Geny,* 11 chap. 5; Kantorowicz, „Some Rationalism about Realism" in *43 Yale Law Review* (1934).

P. 240. Skeptikas kaip nusivylęs absoliutumo šalininkas. Žr. Miller, „Rules and Exceptions", *66 International Journal of Ethics* (1956).

P. 241. Intuityvus normų taikymas. Žr. Hutcheson, „The Judgement Intuitive"; „The Function of the „Hunch" in Judicial Decision", *14 Cornell Law Quarterly* (1928).

P. 243. „Konstitucija yra tai, ką teisėjai sako ją esant". Ši frazė priskiriama Jungtinių Valstijų Aukščiausiojo Teismo pirmininkui Hughesui: Hendel, *Charles Evan Hughes and the Supreme Court* (1951), pp. 11–12. Bet žr. G. E. Hughes, *The Defence Court of the United States* (1966 edn.), pp. 37–41, kur kalbama apie teisėjų pareigą aiškinti Konstituciją atsiribojus nuo savo asmeninių politinių pažiūrų.

P. 253. Alternatyvios parlamento suvereniteto analizės. Žr. H. W. R. Wade, „The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal* (1955); ši pozicija kritikuojama: Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth,* chaps. 4, 5.

P. 254. Parlamento suverenitetas ir Dievo visagalybė. Žr. Mackie, „Evil and Omnipotence", *Mind,* 1955, p. 211.

P. 255–256. Parlamento suvaržymas arba apibrėžimas iš naujo. Apie šį skirtumą žr.: Friedmann, „Trethowan's Case, Parliamentary Sovereignty and the Limits of Legal Change", *24 Australian Law Journal* (1950); Cowen, „Legislature and Judiciary", *15 MLR*

(1952), *16 MLR* (1953); Dixon, „The Law and The Constitution", *51 LQR* (1935); Marshall, op. cit., chap. 3.

P. 257. 1911 m. ir 1949 m. Parlamento aktai. Jų aiškinimą kaip leidžiančių deleguotosios įstatymų leidybos formą žr. H. W. R. Wade, op. cit., ir Marshall, op. cit., pp. 44–6.

P. 257. Vestminsterio statuto 4 sk. Dauguma autoritetų laikosi požiūrio, jog šio skirsnio išleidimas nereikštų, kad galia leisti įstatymus dominijai negavus jos sutikimo negrįžtamai prarandama. Žr.: *British Coal Corporation* v. *The King* (1935), AC 500; Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status,* 5th edn., pp. 297–8; Marshall, op. cit., pp. 146-7. Pietų Afrikos teismai yra išsakę priešingą požiūrį, kad „vienąkart suteikta laisvė negali būti atimta", *Ndlwana* v. *Hofmeyr* (1937), AD 229, p. 237.

VIII skyrius

P. 264. Teisingumas kaip specifinis moralės aspektas. Aristotelis *Nikomacho etikos* penktos knygos 1–3 skirsniuose vaizduoja teisingumą kaip konkrečiai susijusį su pusiausvyros arba proporcingumo (ἀναλογία) tarp asmenų išlaikymu arba atstatymu. Geriausius šios idėjos šiuolaikinius išaiškinimus žr.: Sidgwick, *The Method of Ethics,* chap. 6; Perelman, *De la Justice* (1945); Ross, *On Law and Justice,* chap. 12. Įdomios istorinės medžiagos pateikiama Del Vecchio knygoje *Justice;* Hartas ją apžvelgia *28 Philosophy* (1953)).

P. 270. Teisingumas taikant teisę. Pagunda traktuoti šį teisingumo aspektą kaip išsemiantį teisingumo idėją tikriausiai paaiškina Hobbeso pareiškimą, kad „jokia teisė negali būti neteisinga" (*Leviathan,* chap. 30). Austinas (*The Province,* Lecture VI, p. 260 n.) išsako nuomonę, kad „teisingas – tai santykinės reikšmės terminas" ir kad „jis pasakomas turint omenyje konkretų įstatymą,

kurį kalbėtojas laiko lyginimo standartu". Taigi, jo manymu, įstatymas, „patikrintas" pozityviosios moralės arba Dievo teisės požiūriu, gali būti morališkai neteisingas. Austinas laikėsi nuomonės, jog Hobbesas turėjo omenyje tik tai, kad įstatymas negali būti *teisiškai* neteisingas.

P. 272. Teisingumas ir lygybė. Informatyvų principo, jog prima facie žmonės turi būti traktuojami vienodai, statuso ir jo ryšio su teisingumo idėja aptarimą žr.: Benn and Peters, *Social Principles and the Democratic State,* chap. 5, „Justice and Equality"; J. Rawls, „Justice as Fairness", *Philosophical Review* (1958); Raphael, „Equality and Equity", *21 Philosophy* (1946), „Justice and Liberty", *51 PAS* (1951-2).

P. 272. Aristotelis apie vergiją. Žr. *Politiką,* kn. I, ii, 3–22. Jo manymu, kai kurie vergai nebuvo vergai „iš prigimties", ir jų vergija nebuvo nei teisinga, nei tikslinga.

P. 274. Teisingumas ir žalos atlyginimas. Aristotelis šį dalyką aiškiai skiria nuo teisingumo paskirstant gėrybes (op. cit., kn.V, sk. 4), nors yra pabrėžiamas vienijantis principas, jog kiekvieną-kart taikant teisingumo idėją turi būti išlaikoma arba atstatoma „teisinga" arba tinkama proporcija (ἀναλογία). Žr. Jackson, *Book 5 of the Nicomachean Ethics* (Commentary: 1879).

P. 275. Teisinis atlyginimas už kėsinimąsi į privatų gyvenimą. Argumentą, kad teisė turėtų pripažinti teisę į privatų gyvenimą ir kad bendrosios teisės principai reikalauja tokio pripažinimo, žr. Warren and Brandeis, „The Right to Privacy", *4 HLR* (1890), o skirtingą J. Gray'aus nuomonę žr. *Robertson* v. *Rochester Folding Box Co.* (1902), 171 NY 538. Anglijos deliktinė teisė negina privataus gyvenimo kaip tokio, tačiau šiuo metu jis labai saugomas Jungtinėse Valstijose. Anglijos teisės poziciją žr. *Tolley* v. *J. S. Fry and Sons Ltd.* (1931), AC 333.

P. 277. Teisingumo konfliktas tarp individų ir platesnių socialinių interesų. Griežtosios atsakomybės ir atsakomybės be kaltės deliktinėje teisėje aptarimą žr.: Prosser, *Torts,* chaps. 10, 11, ir Friedmann, *Law in a Changing Society,* chap. 5. Griežtosios atsakomybės pagrindimą baudžiamojoje teisėje žr.: Glanville Williams, *The Criminal Law,* chap. 7; Friedmann, op. cit., chap. 6.

P. 278. Teisingumas ir „bendrasis gėris". Žr. Benn and Peters, *Social Principles and the Democratic State,* chap. 13, kur bendrojo gėrio siekimas tapatinamas su teisingais veiksmais arba su nešališku atsižvelgimu į visų visuomenės narių interesus. Šis „bendrojo gėrio" tapatinimas su teisingumu nėra visuotinai pripažįstamas. Žr. Sidgwick, *The Method of Ethics,* chap. 3.

P. 279. Moralinė prievolė. Apie poreikį skirti socialinės moralės prievoles bei pareigas ir nuo moralinių idealų, ir nuo asmeninės moralės žr.: Urmson, „Saints and Heroes" in *Essays on Moral Philosophy,* (Melden edn.); Whiteley, „On Defining „Morality"", in *20 Analysis* (1960); Strawson, „Social Morality and Individual Ideal" in *Philosophy* (1961); Bradley, *Ethical Studies,* chaps. 5, 6.

P. 281. Socialinės grupės moralė. Austinas (*The Province*) posakį „pozityvioji moralė" vartoja, norėdamas atskirti faktiškąją visuomenės moralę nuo „Dievo teisės", kuri jam yra svarbiausias kriterijus, pagal kurį reikia patikrinti ir pozityviąją moralę, ir pozityviąją teisę. Taip nurodomas labai svarbus skirtumas tarp socialinės moralės ir tų moralės principų, kurie ją pranoksta ir kuriais remiantis ji yra kritikuojama. Tačiau Austino „pozityvioji moralė" apima visas normas, kurios nėra pozityvioji teisė; į ją įeina etiketo, žaidimų, klubų taisyklės bei tarptautinės teisės normos, taip pat tai, kas paprastai mąstoma kaip moralė ir taip įvardijama. Šis platus moralės termino vartojimas supainioja pernelyg daug svarbių formos ir socialinės funkcijos skirtumų. Žr. X skyriaus 4 sk.

P. 284. Esminės normos. Žr. IX skyriaus 2 sk., kur rutuliojama idėja, jog smurto naudojimą ribojančios bei reikalaujančios gerbti nuosavybę ir pasižadėjimus normos sudaro prigimtinės teisės „minimalų turinį", kuris yra ir pozityviosios teisės, ir socialinės moralės pagrindas.

P. 285–286. Teisė ir išorinis elgesys. Tekste kritikuojamą pažiūrą, jog teisė reikalauja išorinio elgesio, o moralė – ne, teisininkai perėmė iš Kanto, skyrusio teisės ir etikos įstatymus. Žr.: General Introduction to the Metaphysics of Morals, in Hastie, *Kant's Philosophy of Law* (1887), pp. 14, 20–4. Ši doktrina šiuolaikiškai išdėstyta: Kantorowicz, *The Definition of Law,* pp. 43–51, jos kritiką žr. Hughes, „The Existence of a Legal System", *35 New York University LR* (1960).

P. 293. Mens rea ir objektyvūs standartai. Žr. Holmes, *The Common Law,* Lecture 11; Hall, *Principles of Criminal Law,* chaps. 5, 6; Hart, „Legal Responsibility and Excuses", in *Determinism and Freedom* (ed. Hook).

P. 295. Pateisinimas ir atleidimas. Apie šį skirtumą teisėje dėl nužudymo žr. Kenny, *Outlines of Criminal Law* (24th edn.), pp. 109–16. Apie jos bendrą moralinę svarbą žr.: Austin, „A Plea for Excuses", *57 PAS* (1956–7); Hart, „Prolegomenon to the Principles of Punishment", *60 PAS* (1959–60), p. 12. Panašų skirtumą žr. Bentham, *Of Laws in General,* pp. 121-2, kur rašoma apie „atleidimą" ir „išteisinimą".

P. 298. Moralė, žmonių poreikiai ir interesai. Pažiūrą, jog kriterijus, leidžiantis normą vadinti moralės norma, yra tai, kad ji yra racionalaus ir nešališko visų tų, kuriuos ji palies, interesų apsvarstymo rezultatas, žr. Benn and Peters, *Social Principles of the Democratic State,* chap. 2. Plg. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959).

IX skyrius

P. 303. Prigimtinė teisė. Dėl klasikinėms, scholastinėms bei šiuolaikinėms prigimtinės teisės koncepcijoms ir žodžio „pozityvizmas" dviprasmiškumui skirtos literatūros gausumo (žr. toliau) dažnai sunku aiškiai įžvelgti, kokia problema iš tikrųjų yra svarbiausia, kai prigimtinė teisė priešpriešinama teisiniam pozityvizmui. Tekste pabandyta identifikuoti vieną tokią problemą. Tačiau jeigu skaitytume tik antrinius šaltinius, ši diskusija duotų labai menkus rezultatus. Negalima apsieiti be tam tikro tiesioginio susipažinimo su pirminių šaltinių terminais ir filosofinėmis prielaidomis. Toliau nurodytas lengvai įveikiamas minimumas: Aristotle, *Physics,* ii, chap. 8 (trans. Ross, Oxford); Aquinas, *Summa Theologica,* Quaestiones 90–7 (vertimas į anglų k.: D'Éntrèves, *Aquinas: Selected Political Writings,* Oxford, 1948); Grotius, *On the Law of War and Peace; Prolegomena* (in The Classics of International Law, vol. 3, Oxford, 1925); Blackstone, *Commentaries,* Introduction, s. 2.

P. 304. Teisinis pozityvizmas. Šiuolaikinėje anglų ir amerikiečių literatūroje žodis „pozityvizmas" yra vartojamas žymėti vienam arba keliems iš šių teiginių: (1) kad įstatymai yra žmonių komandos; (2) kad nėra būtino ryšio tarp teisės ir moralės, arba tarp teisės, kokia ji yra, ir teisės, kokia ji turi būti; (3) kad teisės sąvokų reikšmių analizė arba tyrimas yra svarbus tyrimas, kurį reikia skirti (bet jokiu būdu ne priešpriešinti) nuo teisės istorinių tyrinėjimų, sociologinių tyrimų bei kritinių vertinimų moralės, socialinių uždavinių, funkcijų ir kt. požiūriais; (4) kad teisinė sistema yra „uždara loginė sistema", kurioje teisingus sprendimus galima dedukuoti iš predestinuotųjų teisės normų pasitelkus tik logiką; (5) kad moralinių sprendimų, priešingai negu fakto teiginių, negalima suformuluoti remiantis racionaliais argumentais, parodymais arba įrodymais („nepažinumas etikoje"). Benthamo ir Austino pažiūras išreiškia (1), (2) ir (3), bet ne (4) ir (5) teiginiai; Kelseno pažiūras išreiškia (2), (3) ir (5), bet ne (1) arba (4)

teiginiai. (4) teiginys dažnai priskiriamas „analitinės jurisprudencijos" atstovams, bet neabejotinai neturint tam tvirto pagrindo.

Kontinentinėje literatūroje žodis „pozityvizmas" dažnai vartojamas apskritai atmetant tvirtinimą, kad kai kuriuos žmonių elgesio principus arba normas galima atrasti tik protu. Vertingą diskusiją apie „pozityvizmo" dviprasmiškumus žr. Ago, op. cit., in *57 American Journal of International Law* (1957).

P. 305. Millis apie prigimtinę teisę. Žr. jo „Essay on Nature" in *Nature, the Utility of Religion and Theism.*

P. 306. Blackstone'as ir Benthamas apie prigimtinę teisę. Blackstone, loc. cit., ir Bentham, *Comment on the Commentaries,* ss. 1–6.

P. 314. Minimalus prigimtinės teisės turinys. Šio prigimtinės teisės empirinio varianto pagrindus žr.: Hobbes, *Leviathan,* chaps. 14, 15; Hume, *Treatise of Human Nature,* Book III, part 2, ss. 2, 4–7.

P. 322. Huckleberry Finnas. Marko Twaino romanas yra gili individo simpatijoms ir humanizmui prieštaraujančios socialinės moralės nulemtos dilemos studija. Tai vertinga visos moralės tapatinimo su humanizmu korektyva.

P. 322. Vergija. Aristoteliui vergas buvo „gyvas įrankis" (*Politika,* I, sk. 2–4).

P. 327. Moralės įtaka teisei. Vertingi būdų, kuriais moralė darė įtaką teisės *raidai,* tyrinėjimai yra: Ames, „Law and Morals", *22 HLR* (1908); Pound, *Law and Morals* (1926); Goodhart, *English Law and the Moral Law* (1953). Austinas visiškai pripažino šį faktinį arba priežastinį ryšį. Žr. *The Province,* Lecture V, p. 162.

P. 327. Aiškinimas. Apie moralinių svarstymų vietą aiškinant teisę žr.: Lamont, *The Value Judgement,* pp. 296–31; Wechsler, „Towards Neutral Principles of Constitutional Law", *73 HLR* i,

p. 960; Hart, op. cit., in *71 HLR,* pp. 606–15; Fullerio kritiką žr. ib., 661 *ad fin.* Austino pripažinimą, kad teisėjams paliekama atvira pasirinkimo iš „konkuruojančių analogijų" sritis, ir jo pateiktą teisėjų nesugebėjimo pritaikyti savo sprendimus prie naudingumo standartų kritiką žr. *The Lectures,* Lectures 37, 38.

P. 329. Teisės kritika ir visų žmonių teisė būti vienodai traktuojamiems. Žr.: Benn and Peters, *Social Principles and the Democratic State,* chaps. 2, 5; Baier, *The Moral Point of View,* chap. 8, kur dėstoma nuomonė, kad tokios teisės pripažinimas yra ne viena iš daugelio galimų moralių, bet būdingas tikrosios moralės bruožas.

P. 330. Teisėtumo ir teisingumo principai. Žr. Hall, *Principles of Criminal Law,* chap. i, o apie „teisės vidinę moralę" žr. Fuller, op. cit., *71 HLR* (1958), pp. 644–8.

P. 333. Prigimtinės teisės doktrinų atgimimas pokario Vokietijoje. Žr. Harto pateiktą G. Radbrucho vėlyvųjų pažiūrų aptarimą ir Fullerio atsakymą: op. cit., *71 HLR* (1958). Ten diskutuojama apie *Oberlandsgericht Bamberg** 1949 m. liepos mėnesį priimtą nuosprendį, kuriuo žmona, įskundusi savo vyrą už 1934 m. nacių priimto įstatymo pažeidimą, buvo nuteista už neteisėtą vyro laisvės atėmimą, remiantis tuo, kad *64 HLR* (1951), p. 1005, pateiktas bylos įvertinimas buvo teisingas ir kad Vokietijos teismas pripažino 1934 m. įstatymą negaliojančiu. Šį vertinimą kaip neteisingą neseniai kritikavo Pappe („On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", *23 MLR* (1960)). Dr. Pappe's kritika yra labai pagrįsta, o Harto aptartoji byla turi būti griežtai vertinama kaip hipotetinė. Kaip įrodo dr. Pappe (op. cit., p. 263), šioje konkrečioje byloje teismas (žemės apeliacinis teismas), akceptavęs teorinę galimybę, kad įstatymai, pažeidę prigimtinę teisę, gali būti neteisėti, nusprendė, jog kalbamasis nacių įstatymas jos nepažei-

* Bambergo antrosios instancijos teismas *(vok.).*

dė; kaltinamoji buvo pripažinta kalta neteisėtu laisvės atėmimu dėl to, kad, nors ji ir neturėjo pareigos suteikti informaciją, bet padarė tai iš grynai asmeniškų paskatų, turėdama suprasti, jog taip elgtis yra „priešinga visų padorių žmonių tyrai sąžinei ir teisingumo jausmui". Taip pat reikėtų panagrinėti nuodugnią dr. Pappe's atliktą Vokietijos Aukščiausiojo Teismo panašios bylos sprendimo analizę (ib., p. 268 *ad fin.*).

X skyrius

P. 340. „Ar tarptautinė teisė tikrai yra teisė?" Pažiūrą, kad tai yra tik verbalinis klausimas, klaidingai laikomas fakto klausimu, žr. Glanville Williams, op. cit., in *22 BYBIL* (1945).

P. 341. Abejonių šaltiniai. Konstruktyvią bendrą apžvalgą žr. A. H. Campbell, „International Law and the Student of Jurisprudence" in *35 Grotius Society Proceedings* (1950); Gihl, „The Legal Character and Sources of International Law" in *Scandinavian Studies in Law* (1957).

P. 342. „Kaip gali būti įpareigojanti tarptautinė teisė?" Šis klausimas (kai kada nurodomas kaip tarptautinės teisės „įpareigojančios galios problema") keliamas: Fischer Williams, *Chapters on Current International Law,* pp. 11–27; Brierly, *The Law of Nations,* 5th edn. (1955), chap. 2; *The Basis of Obligation in International Law* (1958), chap. 1. Taip pat žr. Fitzmaurice, „The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement" in *19 MLR* (1956). Šie autoriai tiesiogiai neaptaria teiginio, kad normų sistema yra (arba nėra) įpareigojanti, reikšmės.

P. 343. Sankcijos tarptautinėje teisėje. Apie Tautų Sąjungos Statuto 16 str. teikiamas galimybes žr. Fischer Williams, „Sanctions under the Covenant" in *17 BYBIL* (1936). Apie sankcijas pagal JTO Įstatų vii skyrių žr. Kelsen, „Sanctions in International Law

under the Charter of U.N.", *31 Iowa LR* (1946), ir Tucker, „The Interpretation of War under present International Law", *4 The International Law Quarterly* (1951). Apie Korėjos karą žr. Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1954), chap. ix, Discourse 14. Žinoma, galima ginčytis, ar Vienybės taikos labui rezoliucija pademonstravo, kad Jungtinės Tautos nėra „paralyžiuotos".

P. 346–347. Tarptautinė teisė, mąstoma ir įvardijama kaip privalomoji. Žr. Jessup, *A Modern Law of Nations,* chap. 1, ir „The Reality of International Law", *118 Foreign Affairs* (1940).

R 347. Valstybių suverenitetas. Aiškiai išdėstytą požiūrį, kad „suverenitetas – tai tik žodis, kuriuo vadinama toji tarptautinio gyvenimo srities dalis, kurioje teisė leidžia individualius valstybių veiksmus", žr. Fischer Williams, op. cit., pp. 24–6, ir Van Kleffens, „Sovereignty and International Law", *Recueil des Cours* (1953), I, pp. 82–3.

P. 348. Valstybė. Apie valstybės sąvoką ir priklausomų valstybių tipus žr. Brierly, *The Law of Nations,* chap. 4.

P. 352. Voliuntaristinės ir „savęs apribojimo" teorijos. Svarbiausieji autoriai yra Jellinek, *Die Rechtliche Natur der Staatsverträge;* Triepel, „Les Rapports entre le droit interne et la droit internationale", *Recueil des Cours* (1923). Kraštutinių pažiūrų laikosi Zorn, *Gründzuge des Völkerrechts.* Kritinį šios „pozityvizmo" formos aptarimą žr.: Gihl, op. cit., in *Scandinavian Studies in Law* (1957); Starke, *An Introduction to International Law,* chap. 1; Fischer Williams, *Chapters on Current International Law,* pp. 11–16.

P. 353. Prievolė ir sutikimas. Požiūrį, kad jokia tarptautinės teisės norma neįpareigoja valstybės be jos aiškaus arba tylaus išankstinio sutikimo, yra išsakę Anglijos teismai (žr. *R.* v. *Keyn* 1876, 2 Ex. Div. 63, „The Franconia"), taip pat Nuolatinis tarptautinio teisingumo teismas. Žr. *The Lotus,* PCIJ Series A, No. 10.

P. 356. Naujos valstybės ir valstybės, įgyjančios pajūrio teritoriją. Žr. Kelsen, *Principles of International Law,* pp. 312–13.

P. 356. Poveikis valstybėms, nedalyvaujančioms bendrose tarptautinėse sutartyse. Žr. Kelsen, op. cit., 345 ff.; Starke, op. cit., chap. 1; Brierly, op. cit., chap. vii, pp. 251–2.

P. 357. Visa apimantis moralės termino vartojimas. Austino poziciją „pozityviosios moralės" atžvilgiu žr. *The Province,* Lecture V, pp. 125–9, 141–2.

P. 361. Moralinė prievolė paklusti tarptautinei teisei. Pažiūrą, kad tai yra tarptautinės teisės „pagrindas", žr. Lauterpacht, Introduction to Brierly's *The Base of Obligation in International Law,* xviii, ir Brierly, ib., chap. 1.

P. 363. Jėga primestos sutartys kaip įstatymai. Žr. Scott, „The Legal Nature of International Law" in *American Journal of International Law* (1907), pp. 862–4. Įprasto bendrųjų sutarčių apibūdinimo kaip „tarptautinių įstatymų" kritiką žr. Jennings, „The Progressive Development of International Law and its Codification", *24 BYBIL* (1947), p. 303.

P. 364. Decentralizuotos sankcijos. Žr. Kelsen, op. cit., p. 20, ir Tucker, op. cit., *4 International Law Quarterly* (1951).

P. 365–366. Tarptautinės teisės fundamentalioji norma. Jos formulavimą kaip *pacta sunt servanda* žr. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (1923), p. 40. Apie normos „Valstybės turi elgtis taip, kaip jos paprastai elgdavosi" pakaitą žr. Kelsen, *General Theory,* p. 369, ir *Principles of International Law,* p. 418. Reikšmingą kritinį aptarimą žr. Gihl, *International Legislation* (1937) ir op. cit., *Scandinavian Studies in Law* (1957), pp. 62 ff. Išsamesnę ir labiau išplėtotą tarptautinės teisės kaip neturinčios jokios fundamentaliosios normos interpretaciją žr. Ago, „Positive Law and

International Law", *51 American Journal of International Law* (1957) ir *Scienza giuridica e diritto internazionale* (1958). Gihlas daro išvadą, kad, nepaisant Tarptautinio Teismo Statuto 38 straipsnio, tarptautinė teisė neturi formalių teisės šaltinių. Bandymą suformuluoti tarptautinei teisei „pradinę hipotezę", kuri turėtų sulaukti kritikos, panašios į tą, kuri išsakyta tekste, žr. Lauterpacht, *The Future of Law in the International Community,* pp. 420–3.

P. 369–370. Tarptautinės teisės ir municipalinės teisės turinio analogija. Žr. Campbell, op. cit. in *35 Grotius Society Proceedings* (1950), p. 121 *ad fin.;* sutarčių ir normų, reguliuojančių teritorijos įgijimą, įgijimo senatį, išnuomojimą, mandatus, servitutus* ir kt., aptarimą žr. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927).

P. 417. [Čia pateikiama alternatyvi šio skirsnio pradžia, nes ji nebuvo atmesta.]

Gausiuose savo veikaluose, skirtuose bylų sprendimui, Dworkinas neigė, kad teismai turi diskreciją teisėdaros galių prasme spręsti esamos teisės nevisiškai sureguliuotas bylas, ir šios nuomonės tvirtai laikėsi. Jis įrodinėjo, kad, išskyrus kai kurias nereikšmingas išimtis, tokių bylų nėra, nes, pasak jo garsiojo posakio, visuomet yra vienintelis „teisingas atsakymas" į bet kurį prasmingą klausimą dėl to, ką sako teisė kiekvienu bet kurioje byloje kylančiu teisės klausimu[1].

Bet nors iš pažiūros jo doktrina nesikeitė, tai, kad vėliau Dworkinas į savo teisės teoriją įvedė interpretacines idėjas ir pareiškė, jog visos teisės nuostatos yra „interpretacinės" ta specialia prasme, kurią jis pats šiam žodžiui suteikė, jo poziciją iš esmės labai suartino su manąja (pirmasis tai išaiškino Razas[2]), pripažįstančia,

* Čia turimas galvoje vienos valstybės teritorinių teisių apribojimas kitos valstybės naudai.

[1] [Žr. jo straipsnį „No Right Answer?" (P. M. S. Hacker and J. Raz (eds.). *Law, Morality and Society* (1977), pp. 58–84); pataisytas perspausdintas pavadinimu „Is There Really No Right Answer in Hard Cases?", *AMP*, chap. 5.]

kad teismai faktiškai turi ir dažnai realizuoja teisėdaros diskreciją. Galima tvirtinti, kad, prieš Dworkinui įvedant į savo teoriją interpretacines idėjas, mūsų pažiūros į bylų sprendimą smarkiai skyrėsi, nes Dworkino ankstesnis kategoriškas teisėjų diskrecijos neigimas bei jo užsispyrimas, jog visuomet būna teisingas atsakymas, buvo susijęs su idėja, kad teisėjo vaidmuo sprendžiant bylas yra *esamos teisės atpažinimas* ir jos *taikymas*. Bet ši ankstesnioji koncepcija, kuri, žinoma, labai prieštaravo mano minčiai, kad teismai, spręsdami bylas, dažnai realizuoja teisėdaros diskreciją, visiškai nefigūruoja

[Čia baigiasi 6 skirsnio alternatyvios pradžios tekstas.]

[2] [Žr. J. Raz. „Dworkin: A New Link in the Chain", *74 California Law Review* , 1103 (1986), pp. 1115–16.]

RINKTINĖ KRITIKOS DARBŲ BIBLIOGRAFIJA*

I
Knygos

Carrio, *Legal Principles and Legal Positivism,* Buenos Aires, 1971.

Eckmann, *Rechtspositivismus und Sprachanalytische Philosophie,* Berlin, 1969.

Fuller, *The Morality of Law,* ch. V, revised ed., Yale, 1969.

Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie,* Turin, 1967.

Raz, *The Concept of a Legal System,* chs. VI and VIII, Oxford, 1970.

Scarpelli, *Cos' è il positivismo giuridico,* ch. VII, Milan, 1965.

II
Straipsniai

Bedau, „Law, Legal Systems and Types of Legal Rules" in *Memoria del XIII Congreso Internacional de Filosofia* (Mexico), vol. VII (1964), 17.

* Šią bibliografiją Hartas pateikė knygos 1972 m. leidime; be abejo, šiuo metu ji yra gerokai pasenusi – joje nenurodyti reikšmingi MacCormicko, Razo, Harriso, Finniso, Greenawalto, Skubiko, Lee, Fincho ir kitų autorių darbai, pasirodę jau po 1972 m., jau nekalbant apie svarbiausius Dworkino veikalus. Deja, nėra žinių apie tai, ar Hartas vėliau bandė šią bibliografiją atnaujinti.

Bobbio, „Nouvelles Réflexions sur les normes primaires et secondaires" in *La Règle de Droit,* ed. Perelman, Brussels (1971), 104.

– „Ancora delle norme primarie e secondarie", *59 Rivista di filosofia* (1968), 35.

Catania, „L'Accettazione nel Pensiero di H. L. A. Hart" in *48 Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1971), 261.

Cattaneo, „Il Diritto Naturale nel Pensiero di H. L. Hart" in *42 Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1965), 673.

Cohen, „The Concept of Law", *71 Mind* (1962), 395.

Dworkin, „The Model of Rules" in *35 University of Chicago Law Review* (1967), 14, perspausdintas *Essays on Legal Philosophy* pavadinimu „Is Law a System of Rules?", ed. Summers, Oxford, 1968.

Dworkin and MacCallum, Symposium on „Judicial Discretion" in *60 Journal of Philosophy* (1963), 624, 638.

Hughes, „Rules, Policy and Decision Making" in *77 Yale Law Review* (1968), 411.

– „Validity and the Basic Norm" in *59 California Law Review* (1971), 695.

Macbride, „The Acceptance of a Legal System" in *49 The Monist* (1965), 377.

Morris, „The Concept of Law" in *75 Harvard Law Review* (1962), 452.

Raz, „The Identity of Legal Systems" in *59 California Law Review* (1971), 795.

Sartorius, „The Concept of Law" in *52/2 Archiv für Recht- und Sozialphilosophie* (1966), 161.

– „Social Policy and Judicial Legislation" in *8 American Philosophical Quarterly* (1971), 151.

Singer, „Hart's Concept of Law" in *60 Journal of Philosophy* (1963), 197.

Woozley, „The Existence of Rules“ in *1 Nous* (1967), 63.

Dar turintys pasirodyti Finniso, Hackerio, MacCormicko, Razo ir Tapperio straipsniai leidinyje *Oxford Essays in Jurisprudence II,* Oxford.

VARDŲ RODYKLĖ

Agnelli A. 431
Ago 446, 460, 464–455
Allen C. K. 447, 448
Ames J. B. 460
Anzilotti D. 464
Aquinas 53, 311, 459
Aristotelis 272, 311, 427, 455, 456, 459, 460
Atkin, lordas 406
Augustinas, šv. 55, 65, 262
Austin John 36, 44, 52, 55, 68, 69, 71, 74, 75, 76, 79, 82, 130, 134, 159, 164, 167, 253, 329, 331, 336, 381, 382, 424, 425, 427, 429, 430, 431, 434, 435, 437–439, 440, 441, 442, 455, 456, 457, 459, 460, 461, 464
Austin J. L. 36, 66, 426, 458

Baier K. 436, 444, 461
Benn S. I. ir Peters R. S. 456, 457, 458, 461
Bentham Jeremy 69, 134, 306, 336, 370, 381, 417, 426, 429, 436, 437, 440, 442, 458, 459, 460
Blackstone W., seras 306, 459, 460
Bohnert H. G. 427
Bradley F. H. 457
Brierly J. L. 462, 463, 464
Broad C. D. 442
Buckland W. W. 432, 435

Campbell A. H. 436, 442, 462, 465
Cardozo B. 419–420
Cattaneo M. 450
Cohen L. J. 426, 443
Cohen M. 377
Coleman J. L. 389, 408
Cowen D. V. 454
Cross R. 37, 453

Daube D. 432
Del Vecchio G. 455
Devlin L. J. 458
Dewey J. 452
Diamond A. S. 443
Dicey A. V. 202, 257, 449
Dickinson J. 443, 452, 453
Dixon, seras O. 451, 455
Dworkin R. M. 372–389, 391–393, 395–418, 420–422, 465–466

Eduardas VII, karalius 136
Evans-Pritchard E. E. 444

Fawkes G. 291
Fitzmaurice G. G. 462
Frank Jerome 424, 436, 440, 453
Frankfurter F. 441
Friedmann W. 454, 457
Fuller L. L. 333, 371, 461

Gavison R. 372, 374, 379
Gihl T. 462, 463, 464
Gluckman M. 444
Goodhart A. L. 450, 460
Gray J. C. 44, 64, 243, 332, 424, 437, 439, 440, 456
Grice P. 428
Grotius 459

Hägerström A. 425, 428, 437, 442
Hall J. 428, 458, 461
Hare R. M. 428, 436
Hart H. L. A. 333, 379, 383, 425, 426, 428, 430, 434, 439, 442, 443, 449, 450, 451, 452, 455, 458, 461
Hastie 458
Hendel 454
Hoadly, vyskupas 243, 249
Hobbes T. 134, 311, 440, 455, 456, 460
Hofstadter A. ir McKinvey J. C. C. 428
Hohfeld W. N. 440
Holmes O. W. J. 44, 56, 419, 432, 436, 442, 453, 458
Huckleberry Finn 322, 460
Hughes C. E., C. J. 454
Hughes G. E. 450, 454, 458
Honoré A. M. 37, 452
Hume D. 311, 312, 460
Hutcheson J. C. 454

Jackson H. 456
Jellinek G. 463
Jenks E. 432
Jennings R. 464
Jennings W. Ivor 440
Jensen O. C. 452
Jessup P. C. 463
Jones J. W. 451

Kant I. 458
Kantorowicz H. 426, 454, 458
Kelsen H. 44, 71, 98, 183, 332, 365, 368, 424, 425, 431, 433, 435, 436, 437, 444, 445, 446–447, 448–449, 450, 451, 459, 462, 464
Kenny 458

Lamont W. D. 460
Latham R. T. 450
Lauterpacht H. 464, 465
Levi 451
Llewelyn 44, 240, 424, 443, 453
Lyons D. 408

MacCormick N. 378
Mackie 454
Macmillan, lordas 420
Malinowski 443
Marshall G. 425, 440, 449, 450, 451, 454, 455
McNair 450
Melden A. 430, 434, 442, 457
Mill J. S. 305, 306, 460

Miller 454
Montesquieu 305
Moore M. 376
Morison W. L. 431, 437, 438

Nowell-Smith P. 442

Olivecrona K. 425

Pappe K. 461–462
Paul G. A. 37
Payne D. J. 437
Perelman Ch. 455
Piddington R. 439
Platonas 272, 304
Pound R. 452, 460
Prosser W. L. 457

Radbruch G. 461
Radcliffe, lordas 420
Raphael D. 456
Rawls J. 383, 456
Raz J. 394, 403, 465
Reid, lordas 420
Robinson R. 426
Ross A. 428, 433, 435–436, 442, 449, 455
Ryle G. 426

Salmond J. 433, 445, 447
Sankey, lordas 257
Schulz F. 444
Schwartz 453
Scott J. B. 464
Sidgwick H. 438, 440, 455, 457
Soper E. P. 398, 408
Starke J. G. 463
Stone J. 438, 452, 463
Strawson P. E. 37, 457

Triepel H. 463
Tucker R. W. 463, 464
Twain Mark 460

Urmson J. O. 457

Van Kleffens E. N. 463
Viktorija, karalienė 136

Wade H. W. R. 449, 454, 455
Waismann F. 452
Waluchow W. J. 403
Waren S. D. ir Brandeis L. D. 456
Wechsler H. 460
Wedberg A. 443
Wheare K. C. 440, 449, 450, 451, 455
Whiteley 457
Williams Glanville L. 424, 426, 427, 457, 462
Williams J. F. 462, 463
Winch P. 439
Wisdom J. 424
Wittgenstein L. 427, 452
Wollheim R. 426

Zorn P. 463

Herbert Lionel Adolphus Hart
TEISĖS SAMPRATA

Iš anglų kalbos vertė
Egidijus Kūris

Redaktorė *Ramutė Rybelienė*
Dailininkas *Algimantas Dapšys*

SL 1573. 1997 11 18. 24 leidyb. apsk. l.
Tiražas 2 000. Užsakymas 1204

Išleido UAB „Pradai" leidykla,
T. Vrublevskio g. 6, 2600 Vilnius

Spaudė „Spindulio" spaustuvė,
Gedimino g. 10, 3000 Kaunas

Hart, Herbert Lionel Adolphus

Ha 339 Teisės samprata/Herbert Lionel Adolphus Hart. – Vilnius: Pradai, 1997. – 473 p. – (Atviros Lietuvos knyga: ALK, ISSN 1392–1673)

Kn. taip pat: Hartas ir mes/Egidijus Kūris, p. 9–31. - Bibliogr.: p. 467–469. – Vardų r-klė: p. 471–473.

ISBN 9986-776-63-5

Šiuolaikinio anglų teisės teoretiko H. L. A. Harto (1907-1993) knygoje analizuojamos teisės teorijos problemos, teisinės sistemos pagrindai, suvereno ir valdinio, teisingumo ir moralės, teisės ir moralės santykiai, tarptautinės teisės klausimai.

UDK 340.1

TEISĖS TEORIJA

H. L. A. Harto *Teisės samprata* – žymiausias šio šimtmečio teisės filosofijos veikalas, parašytas elegantišku stiliumi ir kupinas poleminių teiginių. Išverstas į daugelį pasaulio kalbų, jis tapo nepamainoma knyga visiems studijuojantiems jurisprudenciją ir teisės filosofiją.

„Šis H. L. A. Harto veikalas iš esmės pakeitė visą tuometinę teisės teoriją ir drauge visą teisės mokslą; galima netgi teigti, kad kaip tik nuo tada teisės teorija, arba jurisprudencija, tapo savarankišku teisės mokslu *greta* kitų."

Egidijus Kūris

H. L. A. Hart (1907 – 1993) – vienas žymiausių moderniosios teisės teoretikų. Jo gyvenimas ir kūryba daugiausia buvo susiję su Oksfordo universitetu. Be *Teisės sampratos* (1961), jis dar parašė tokias knygas: *Teisė, laisvė ir moralė* (1963), *Baudžiamosios teisės moralė* (1965), *Bausmė ir atsakomybė. Teisės filosofijos apybraižos* (1967).

ALK – serija verstinių knygų, kurias leidžia įvairios leidyklos, remiamos Atviros Lietuvos fondo. Serijos tikslas – supažindinti skaitytojus su dvidešimto amžiaus humanitarinių mokslų pagrindais. Šios knygos leidimą ALF remia kartu su Vidurio Europos universiteto Vertimų projektu.

ATVIROS LIETUVOS KNYGA

CEU

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-776-00-0